

UiO : **Det juridiske fakultet**

Prioriteringsrekkefølge mellom de rettslige grunnlagene i personopplysningsloven § 8

Kandidatnummer: 512

Leveringsfrist: 25.4.2015

Antall ord: 17 772



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Bakgrunn.....	1
1.2	Problemstilling.....	1
1.3	Rettskildebildet og metode.....	2
1.3.1	Innledning.....	2
1.3.2	Begrenset rettskildemateriale.....	3
1.3.3	Praksis fra Personvernemnda.....	5
1.3.4	Personverndirektivet og uttalelser fra Artikkel 29-gruppen.....	9
1.3.5	Reelle hensyn.....	14
1.3.6	Juridisk teori.....	14
1.4	Oppgavens oppbygning.....	15
2	DE RETTSLIGE GRUNNLAGENE I PERSONOPPLYSNINGLOVEN § 8	16
2.1	Innledning.....	16
2.2	Betydningen av rettslig grunnlag og klarlegging av dette etter loven.....	16
2.3	Innhold i hvert enkelt rettslig grunnlag.....	17
2.3.1	Innledning.....	17
2.3.2	Lovhjemmel.....	17
2.3.3	Samtykke fra den registrerte.....	18
2.3.4	Nødvendig grunn.....	20
3	RELASJON MELLOM DE RETTSLIGE GRUNNLAGENE	26
3.1.1	Innledning.....	26
3.1.2	Hvilke situasjoner prioriteringsspørsmålet er aktuelt.....	26
3.1.3	Hvilken forståelse av prioriteringsrekkefølge har lovgiver?.....	27
3.1.4	Hvilken forståelse av prioriteringsrekkefølge har andre?.....	30
3.1.5	Hvilken forståelse av prioriteringsrekkefølge kan anses å være riktig etter formålsbetraktninger og reelle hensyn?.....	33
4	PERSONVERNNEMNDAS BEHANDLING AV RETTSLIG GRUNNLAG	38
4.1	Metode.....	38
4.2	Generelle observasjoner ved Nemndas praksis.....	40
4.2.1	Innledning.....	40
4.2.2	Hvilke materielle resultater kommer Nemnda til?.....	41
4.2.3	Enstemmighet eller dissens.....	41
4.2.4	Hvor prinsipielle er avgjørelsene?.....	41

4.3	Personvernnemndas rettskildebruk	42
4.3.1	Innledning	42
4.3.2	Hvilke rettskilder bruker Personvernnemnda?	42
4.3.3	Er Personvernnemndas argumentasjonen konsekvent?	48
4.4	Oppsummering	49
5	AVSLUTTENDE KOMMENTARER	50
	Litteraturliste	51

1 Innledning

1.1 Bakgrunn

Retten til å bestemme over opplysninger om egen person bygger på to grunnleggende verdier i samfunnet vårt, nemlig menneskets selvbestemmelsesrett og verdighet. Til tross for at disse verdiene står sterkt, finnes det legitime grunner for å overstyre den individuelle retten. For eksempel er det klart at Stortinget kan bestemme at det skal samles inn opplysninger om den enkelte uten at personen selv har gitt sin tillatelse.¹ Eller i private relasjoner hvor vi må gi fra oss personopplysninger ved jobbsøking eller ved bruk av betalingstjenester.

Det betyr likevel ikke at samfunnet ikke bør organiseres slik at den enkelte i størst mulig grad skal kunne velge hvem som skal få tilgang til vedkommende personopplysninger. Et samfunn hvor personopplysninger i stor grad baserer seg på frivillighet gjennom samtykke til behandling, istedenfor tvang eller at noen tar seg til rette, må antas å være et samfunn i størst overensstemmelse med de grunnleggende verdiene om selvbestemmelsesrett og verdighet.

Hvorvidt den rettslige reguleringen vi har på personopplysningsfeltet i dag bidrar til å fremme samtykke og frivillighet som grunnlag for behandling av personopplysninger, er imidlertid ikke fullstendig klart. Personopplysningsloven § 8 oppstiller vilkår for å behandle personopplysninger uansett innholdet i opplysningene. Bestemmelsen avklarer likevel ikke eksplisitt relasjonen mellom samtykke og andre legitime grunner for behandling av personopplysninger.

1.2 Problemstilling

Formålet med oppgaven er å gjennomføre en rettsdogmatisk undersøkelse av personopplysningsloven § 8.

Problemstilling er om det gjelder noen prioriteringsrekkefølge mellom samtykke fra den registrerte på den ene side og nødvendighetsgrunnene i personopplysningsloven § 8 på den annen side.

Med prioriteringsrekkefølge forstår jeg her rekkefølge eller rangordning. Med den registrerte forstår jeg den som en personopplysning kan knyttes til.² Personopplysninger er opplysninger og vurderinger som kan knyttes til en enkelt person.³ Behandling av personopplysninger innebærer enhver bruk av personopplysninger for eksempel innsamling, registrering, lagring og

¹ For eksempel under etterforskning av kriminalitet eller innbetaling av skatt.

² Jf. personopplysningsloven § 2 nr. 6 og punkt 2.3.3.

³ Jf. personopplysningsloven § 2 nr. 1.

utlevering eller en kombinasjon av disse bruksmåtene.⁴ Med nødvendighetsgrunner sikter jeg til visse formål og virkninger som nødvendiggjør behandling av personopplysninger. Disse er konkret angitt i personopplysningsloven § 8 bokstav a-f.

Problemstillingen åpner for å vurdere prioriteringsrekkefølgen mellom samtykke fra den registrerte og alle nødvendighetsgrunnene i personopplysningsloven § 8 bokstav a-f. Mitt fokus vil likevel være prioriteringsrekkefølgen mellom samtykke fra den registrerte og nødvendighetsgrunnene i bokstav d og f. Grunnen til dette er at min undersøkelse av praksis fra Personvernemnda viser at det er disse to nødvendighetsgrunnene som i størst utstrekning anføres som nødvendig grunnlag, og derfor har størst praktisk betydning.⁵

Rettskildemateriale som kan belyse spørsmålet om prioritet er, som det vil fremgå av avsnitt 1.3, begrenset. Personvernemnda har imidlertid truffet flere relevante avgjørelser som potensielt kan tillegges vekt. Vekten vil likevel avhenge av at Nemndas praksis er konsekvent og basert på holdbar rettskildebrik. Som en del av denne avhandlingen har jeg derfor funnet det nødvendig å analysere relevante deler av Personvernemndas praksis.

For å behandle sensitive personopplysninger⁶ oppstiller personopplysningsloven § 9 vilkår for lovlig behandling. I tillegg må også et av grunnlagene i personopplysningsloven § 8 foreligge, for at behandlingen skal være lovlig.⁷ Ettersom vilkårene for behandling av personopplysninger i de to bestemmelsene dermed i stor grad er sammenfallende, vil det oppstå liknende problemstillinger ved behandling av personopplysningsloven §§ 8 og 9. Jeg avgrenser mot de liknende problemstillinger som kan oppstå etter personopplysningsloven § 9, da en slik behandling ville blitt for omfattende.

1.3 Rettskildebildet og metode

1.3.1 Innledning

I metoddelen vil jeg gjennomgå hvilke sentrale rettskildefaktorer jeg har undersøkt, hva slags spesielle spørsmål rettskildematerialet reiser og hvordan jeg har løst disse.

⁴ Jf. personopplysningsloven § 2 nr. 2.

⁵ Se punkt 4.2.2.

⁶ Jf. personopplysningsloven § 2 nr. 8.

⁷ Jf. personopplysningsloven § 9.

Da gjennomgangen vil vise en rettskildesituasjon, som i liten grad belyser spørsmålet om prioritet, anser jeg det nødvendig å gi enkelte rettskilder⁸ særskilt oppmerksomhet, da dette er av betydning for bruken av kildene.

1.3.2 Begrenset rettskildemateriale

Personopplysningsloven § 8 lyder som følger:

«8. Vilkår for å behandle personopplysninger

Personopplysninger (jf. § 2 nr. 1) kan bare behandles dersom den registrerte har samtykket, eller det er fastsatt i lov at det er adgang til slik behandling, eller behandlingen er nødvendig for

- a) å oppfylle en avtale med den registrerte, eller for å utføre gjøremål etter den registrertes ønske før en slik avtale inngås,*
- b) at den behandlingsansvarlige skal kunne oppfylle en rettslig forpliktelse,*
- c) å vareta den registrertes vitale interesser,*
- d) å utføre en oppgave av allmenn interesse,*
- e) å utøve offentlig myndighet, eller*
- f) at den behandlingsansvarlige eller tredjepersoner som opplysningene utleveres til kan vareta en berettiget interesse, og hensynet til den registrertes personvern ikke overstiger denne interessen.»*

Etter en alminnelig språklig forståelse av lovens ordlyd, angir lovteksten ingen eksplisitt prioriteringsrekkefølge av de rettslige grunnlagene i personopplysningsloven § 8. Jeg har derfor sett det som nødvendig å gå til andre rettskildefaktorer for finne argumenter til løsning av oppgavens problemstilling.

Av proposisjonen til personopplysningsloven er det fremhevet at behandling av personopplysninger *«bør i størst mulig utstrekning baseres på samtykke fra den registrerte.»*⁹ Justiskomiteen sluttet seg til proposisjonen fra departementet i sin Innst. O nr. 51 (1999-2000) side 17. Dette kan tyde på at lovgiver har ment å gi samtykke fra den registrerte prioritet som rettslig grunnlag. Likevel er ikke dette ordvalget alene egnet til å avklare oppgavens problemstilling, når det i neste passus i proposisjonen fremgår at behandlingen av personopplysninger *«også kan hjemles i de grunnlagene som oppstilles i bokstavene a-f.»*

⁸ Disse rettskildene er praksis fra Personvernemnda, Personverndirektivet og uttalelser fra Artikkel 29-gruppen.

⁹ Ot.prp.92 (1998-1999), side 108-109.

Uttalelsen i proposisjonen gir dermed liten veiledning for om det gjelder noen prioriteringsrekkefølge mellom samtykke fra den registrerte og nødvendighetsgrunnene i personopplysningsloven § 8.

Det foreligger ingen avgjørelser fra Høyesterett, hvor domstolen har tolket personopplysningsloven § 8 med tanke på å avklare oppgavens problemstilling. Når Høyesterett ikke har tatt spesifikk stilling til spørsmålet, gir heller ikke denne rettskildefaktoren noen argumenter til løsning av problemstillingen.

Da undersøkelse av Høyesterettspraksis ikke ga et svar på problemstillingen, undersøkte jeg om lagmannsrettene har tolket bestemmelsen. Det finnes tre relativt nye avgjørelser fra Borgarting lagmannsrett, som vurderer om vilkårene i personopplysningsloven § 8 er oppfylt.¹⁰ Bruk av underrettspraksis reiser imidlertid noen særlige metodespørsmål. Det første er om underrettspraksis utgjør en rettskildefaktor det er relevant å hente argumenter fra ved løsning av rettsspørsmål etter gjeldende rett. Dette er diskutert i teorien.¹¹ Jeg tar utgangspunkt i at det er forskjell på hvordan Høyesterett kan benytte underrettsavgjørelser og hvordan underrettene selv, forvaltningen og andre rettsanvendere¹² kan gjøre det.¹³

For Høyesterett har underrettspraksis normalt opplysningsverdi, ettersom Høyesterett skal kontrollere om underrettenes rettsanvendelse er holdbar.¹⁴ For andre rettsanvendere er svaret mer usikkert. Det faller utenfor oppgaven å gå i dybden på dette spørsmålet. Mitt standpunkt er imidlertid at der lovteksten er uklar, forarbeidene vage og det ikke finnes Høyesterettspraksis som avklarer spørsmålet, legger jeg til grunn at det er relevant å hente argumenter fra underrettspraksis.¹⁵ Likhets hensyn taler også for denne konklusjonen.

Forutsatt at underrettspraksis er en relevant rettskildefaktor, vil argumenter som utledes fra denne praksisen ha relativ rettskildemessig vekt. Med dette mener jeg at den konkrete vekten vil variere ut ifra rettskildetypen ellers. Utgangspunktet er likevel at underrettspraksis ikke er formelt bindende for rettsanvenderen i forvaltningen eller andre underrettsinstanser. Hvorvidt argumentene får gjennomslag, er avhengig av om rettsanvenderen, på grunnlag av de almin-

¹⁰ LB-2013-69127, LB-2014-35455 og LB-2014-48321.

¹¹ Jf. Rettskildelære under debatt, Erik Magnus Boe, 2012, side 257-262.

¹² En person som bruker rettskildeprinsippene for å løse rettsspørsmål etter gjeldene rett.

¹³ Jf. Rettskildelære under debatt, Erik Magnus Boe, 2012, side 260.

¹⁴ Jf. Grunnloven § 88 og Rettskildelære under debatt, Erik Magnus Boe, 2012, side 260.

¹⁵ Jf. Rettskildelære under debatt, Erik Magnus Boe, 2012, side 259.

nelige rettskildeprinsippene,¹⁶ er enig i rettskildebruken og argumentasjonsrekken i den enkelte underrettsavgjørelse.

Ingen av de tre nevnte avgjørelsene fra Borgarting lagmannsrett, tar imidlertid spesifikt stilling til spørsmålet om det gjelder noen prioriteringsrekkefølge mellom samtykke fra den registrerte og nødvendighetsgrunnene i personopplysningsloven § 8. Undersøkelse av underrettspraksis har dermed ikke ført til noen endelig avklaring av oppgavens problemstilling.

1.3.3 Praksis fra Personvernemnda

Praksis fra forvaltningen utgjør en rettskilde det kan hentes argumenter fra¹⁷ ved løsning av rettsspørsmål etter gjeldene rett.

Begrepet forvaltningspraksis er svært omfattende, og utgjør praksis fra en rekke forskjellige organer. Disse utøver offentlig myndighet på ulike samfunnsområder. Myndigheten kan ha forskjellig form, for eksempel som avgjørelse av enkeltsaker eller generelle uttalelser. I tillegg kan forvaltningsorganene ha svært ulike oppgaver. Blant annet kan de håndheve bestemte lover, løse konflikter eller beskytte privatpersoners rettigheter.

Spørsmålet er hvilken vekt praksis fra forvaltningen har. Dette spørsmålet er drøftet i juridisk teori, hvor det fremgår at den rettskildemessige vekten av forvaltningspraksis er relativ.¹⁸ Eckhoff beskriver blant annet at hvilken vekt domstolene antas å legge på forvaltningspraksis avhenger av

*«hvor utbredt og varig praksis er, om den skriver seg fra overordnede eller underordnede organer, hvor stor kyndighet som er representert i de organer som har truffet avgjørelsene, hvor rimelige eller urimelige de inntatte standpunkter er etter domstolenes mening, hvilke andre rettskildefaktorer som griper inn, etc. Dessuten spiller det en vesentlig rolle hva slags spørsmål det dreier seg om.»*¹⁹

På personopplysningsrettens område er spørsmålet hvilken vekt praksis fra Personvernemnda kan tillegges. Personvernemnda har kompetanse til å avgjøre klager over Datatilsynets

¹⁶ Alminnelige rettskildeprinsipper er normer som gir anvisning på hvilke kilder det er tillatt å hente argumenter fra når man skal løse rettsspørsmål og hvilken vekt argumentene skal ha innbyrdes. Jf. Eckhoff og Helgesen, Rettskildelære, 5.utg, 2000, side 19.

¹⁷ Holgersen i Tidsskrift for Rettsvitenskap 1987, side 404.

¹⁸ Holgersen i Tidsskrift for Rettsvitenskap 1987, side 404-444.

¹⁹ Eckhoff er gjengitt i Holgersen i Tidsskrift for Rettsvitenskap 1987, side 410.

vedtak.²⁰ Personvernemnda er ikke et forvaltningsorgan i det ordinære forvaltningshierarkiet, men er et uavhengig, kollegialt forvaltningsorgan som ikke er underlagt noen instruksjons- eller kontrollmyndighet fra departementet eller fra regjeringen.²¹

EU-direktivets krav om tilsynsmyndighetens uavhengighet, var sentral da Personvernemnda overtok kompetansen til å avgjøre klager fra departementet.²² I tillegg var det flere andre grunner som talte for et å ha et klageorgan innad i forvaltningen for personvernsaker. I NOU 1997:19 viser utvalget blant annet til at behandlingen av klagesaker vekker debatt og interesse for personopplysningsfeltet. Videre ble det fremhevet at hensynet til klageren, som ellers ville bli tvunget til å overprøve Datatilsynets vedtak for domstolene, ville slippe unna med lavere kostander og raskere saksbehandlingstid.²³

I NOU 1997:19 ble det lagt til grunn at Personvernemndas rolle ville ha stor betydning for ivaretagelsen av personvernet i samfunnet. Personvernemndas organisering og bemanning ble dermed utformet med hensikten å oppnå tillit og legitimitet for Nemndas avgjørelser.²⁴

Videre er det flere momenter som har betydning for hvilken rettskildemessig vekt praksis fra Nemnda kan tilleggs. Et moment er hvor fast og konsekvent praksis er. Dersom praksis fra Nemnda vedrørende oppgavens problemstilling er klar og entydig, trekker det i retning av at praksisen kan tilleggs en viss vekt. I motsatt fall, dersom praksisen spriker, vil det bidra til å svekke den rettskildemessig vekten, og i liten grad ivaretar hensyn til forutberegnelighet og likhet. Dette vil jeg behandle nærmere i kapittel 4.

Et nærliggende spørsmål til dette, er hvorvidt Personvernemndas praksis kan sies å være styrende for Datatilsynets virksomhet, og eventuelt hvilken innvirkning en slik normerende effekt har for vektspørsmålet av Nemndas praksis.

Personopplysningsloven § 42 gir uttrykk for Datatilsynets organisering og oppgaver. Av bestemmelsens siste ledd fremgår det at avgjørelser som Datatilsynet fatter kan påklages til Personvernemnda. Dette temaet er også behandlet i NOU 1997:19 side 120. Der uttaler utvalget at det er

²⁰ Jf. personopplysningsloven §§ 43, jf. 42(4).

²¹ Jf. personopplysningsloven § 43(1) 2. pkt.

²² Jf. NOU 1997:19, side 118-119. Se også Innst.O. nr. 51 (1999-2000) side 23-24. Jf. personverndirektivet artikkel 28. nr. 1.

²³ Jf. NOU 1997:19, side 117-121.

²⁴ Verken departementet eller Justiskomiteens har kommentert disse uttalelsene NOUen uttrykkelig, men det har likevel vært enighet om å opprette Personvernemnda slik utvalgets forslag gikk ut på.

«klart at Personvernemnda gjennom sine avgjørelser i klagesaker og gjennom eventuelle omgjøringsvedtak kan gi tilsynet veiledning om hvorledes denne type saker bør avgjøres i fremtiden, herunder hvordan loven skal tolkes og forvaltningsskjønnet utøves.»

Oppfatningen om at Personvernemnds praksis har en styrende funksjon for Datatilsynet er ikke problematisert i de senere lovforarbeidene til personopplysningsloven.²⁵ Ettersom Datatilsynet har en rekke tilsyns-, ombuds- og informasjonsoppgaver hvor organet utøver myndighet og gir informasjon til vanlig folk, kan en etterlevelse av praksis fra Nemnda hos Datatilsynet bidra til en mer likartet praksis på personopplysningsrettens område generelt.²⁶ Likeartet praksis kan som nevnt ovenfor trekke i retning av en viss rettskildemessig vekt.

Et annet moment knytter seg til Nemndas særlige sakkyndighet på personopplysningsrettens område. Personvernemnda består av syv medlemmer.²⁷ Alle medlemmene har en ekspertise knyttet til personopplysningsrett. I NOU 1997:19 var det imidlertid uenighet innad i utvalget om hvorvidt medlemmene av Personvernemnda skulle oppnevnes at Stortinget eller Regjeringen, og hvor mange medlemmer Nemnda burde ha. Departementet og Justiskomiteen sluttet seg til mindretallets forslag som innebar at oppnevningsmyndigheten skulle deles mellom Kongen (Regjeringen) og Stortinget. Kongen oppnevner fem medlemmer, og Stortinget etter innstilling fra Stortingets valgkomite, oppnevner Personvernemndas leder og nestleder.

Denne ordningen ble valgt fordi lovgiver mente å tillegge Personvernemnda et betydelig ansvar som klageinstans for Datatilsynets vedtak. Ved å være klageinstans, fikk Nemnda mulighet til å avgjøre personvernsspørsmål og verdivalg med betydning for hele befolkningen. I lys av dette vurderte lovgiver det slik at oppnevningsmyndighet hos Stortinget ville sikre Nemnda en bredere og demokratisk forankring. Ved at Kongen skulle oppnevne de fem alminnelige medlemmene ble i tillegg utgangspunktet ved den tradisjonelle og konstitusjonelle rollefordelingen mellom Stortinget og Kongen ivaretatt.²⁸

I dag består Nemnda av fire jurister, hvor både lederen og nestlederen er advokater med personopplysningsrett som fagfelt. I proposisjonen fra departementet og i Innst. O nr. 51 (1999-2000) side 24 fremgår det at lederen og nestlederen i Nemnda skal ha juridisk embetseksamen/master i rettsvitenskap. I NOU 1997:19 mente utvalget at lederen og nestlederen burde

²⁵ Jf. Ot.prp.92 (1998-1999), side 108-109 eller i Innst. O nr. 51 (1999-2000), side 22-24.

²⁶ Jf. personopplysningsloven § 42(3) nr. 1-8.

²⁷ Jf. personopplysningsloven § 43(2).

²⁸ Jf. NOU 1997:19 side 119.

tilfredsstille kravet til dommere.²⁹ Forslaget om dommerkompetanse ble ikke en del av personopplysningsloven, men kravet om juridisk embetseksamen var det enighet om i departementet og Justiskomiteen. Utover kravet til juridisk kunnskap, har lovgiver ikke funnet det hensiktsmessig å formalisere kompetansekravene til medlemmene i Nemnda.

Det er presisert i Innst. O nr. 51 (1999-2000) side 24 at nemndmedlemmene skal oppnevnes ut fra faglige kvalifikasjoner, og ikke partipolitisk tilhørighet. Avgjørende er medlemmet er egnet til å foreta avveiningen av personvern mot andre samfunnsinteresser, og til å overskue rekkevidden av de beslutningene som treffes.³⁰

I tillegg til fire jurister, består Nemnda i dag av en professor i sosiologi, en forsker og lektor innenfor informatikk og en legespesialist med PhD. Nemnda sammensetning, oppnevning og kompetanse tilsier at kvaliteten av Nemndas avgjørelser må antas å være høy. Dette kan blant annet underbygges av at medlemmene med juristbakgrunn er i flertall, samt at Personvernemnda er frittstående og ikke kan instrueres av for eksempel departementet eller regjeringen. Nemndas sammensetning, fagkyndighet og uavhengighet trekker i retning av at praksis fra Personvernemnda har rettskildemessig vekt.

Det neste momentet, i vurderingen av hvilken rettskildemessig vekt praksis fra Personvernemnda har, er kombinasjon av Personvernemndas særlige sakkyndighet og det faktum at det finnes lite annen rettspraksis fra domstolene på personopplysningsopplysningsrettens område. Dette illustreres ved å holde antall personvernsaker behandlet i Personvernemnda opp mot antall behandlede personvernsaker i domstolsystemet. Det store flertall av personvernsaker i Norge avsluttes etter behandling i Personvernemnda.³¹ Når resultatet er at de involverte parter slår seg til ro med Personvernemndas behandling, mener jeg det gir større grunn til å tillegge Nemndas praksis vekt.

En grunn til at partene slår seg til ro med Personvernemndas behandling, kan være at selve saksbehandlingen i Nemnda minner om saksbehandlingen ved domstolene. I sine avgjørelser angir Nemnda faktum, partenes anførsler, Datatilsynets vurdering og sin egen vurdering. Denne måten å bygge opp avgjørelsene på viser at Personvernemnda i stor grad ivaretar det kontradiktoriske element. Videre følger det av personopplysningsforskriften § 10-1(4) at Personvernemnda treffer vedtak ved alminnelig flertall. Ved dissens skal en begrunnelse for mindretallets standpunkt fremgå av avgjørelsen. Nemndas saksbehandling fremstår på denne

²⁹ Jf. domstolsloven § 53 og § 54 annet ledd.

³⁰ Jf. NOU 1997:19, side 119.

³¹ <https://lovdata.no/pro/#popOut&widget=listReferanser&documentID=NL/lov/2000-04-14-31&partID=§8&type=AVGJORELSER&isPopOut=true>

bakgrunn tillitsskapende og forsvarlig. Dette taler for at praksis fra Personvernemnda kan tillegges en viss rettskildemessig vekt.

Det må likevel presiseres at Personvernemnda er et forvaltningsorgan som er undergitt domstolskontroll på samme måte som andre forvaltningsorganer.³² Bak ordningen med domstolskontroll ligger en forutsetning om at domstolene er bedre egnet enn forvaltningen til å ivareta alle nødvendige hensyn til objektivitet og rettssikkerhet.³³ Dette kan for eksempel illustreres ved at Nemndas behandling ikke åpner for muntlig hovedforhandlinger, men kun er skriftlig. Videre kan det tenkes at Nemndas spesielle fagkyndighet på personopplysningsrettens område kan føre til at Nemnda anlegger for snevre perspektiver i sine avgjørelser. Slik kan det oppstå en fare for at det blir lagt for stor vekt på å fremme de interesser Nemnda er satt til å ivareta, på bekostning av andre beskyttelsesverdige interesser. Det er på denne bakgrunn viktig å utvise tilbakeholdenhet med å tillegge forvaltningspraksis for stor rettskildemessig vekt.

Konklusjon er derfor at den rettskildemessig vekten av Personvernemndas praksis vil være avhengig av hvordan jeg vurderer Nemndas konkrete behandling av oppgavens problemstilling. Dersom det legges til grunn at Nemnda bruker de alminnelige rettskildeprinsippene, og overbevisende begrunner sine standpunkter, vil Nemndas praksis i større grad vektlegges. I motsatt fall vil en i større grad vektlegge andre argumenter.

Den begrensede rettskildesituasjonen i kombinasjon med denne konklusjonen, medfører at jeg vil undersøke Nemndas rettskildebruk nærmere i kapittel 4.

1.3.4 Personverndirektivet og uttalelser fra Artikkel 29-gruppen

Et neste spørsmål er om det finnes internasjonale instrumenter som regulerer om det gjelder noen prioriteringsrekkefølge mellom samtykke fra den registrerte og nødvendighetsgrunnene i personopplysningsloven § 8. Hvilken vekt kan i så fall argumentene fra disse kildene tillegges?

Den norske personopplysningsloven gjennomfører personverndirektivet i norsk rett.³⁴ Direktivets formål er å harmonisere nasjonale lover om personopplysningsvern for å sikre fri flyt av personopplysninger mellom medlemslandene i EU, samtidig som direktivet sørger for et forholdvis høyt nivå på personopplysningsvern i medlemslandene.³⁵

³² Jf. personopplysningsloven § 43(5), 95/46/EF (personverndirektivet) artikkel 22, og NOU 1997:19, side 120.

³³ Jf. Holgersen i Tidsskrift for Rettsvitenskap 1987, side 404-444.

³⁴ Jf. 95/46/EF, fra nå av omtalt som personverndirektivet eller direktivet.

³⁵ Jf. personverndirektivet artikkel. 1, nr. 1 og nr. 2.

Direktivet angir et minimum av personopplysningsvern som medlemsstatene ikke kan fravike. I tillegg til disse minstestandardene åpner direktivet på visse punkter opp for at medlemslandene gis et spillerom til å fastsette generelle vilkår for lovlig behandling av opplysningene i sin nasjonale lovgivning.³⁶

Direktivets avsnitt II Artikkel 7 gir kriterier for lovlig behandling av opplysninger. Artikkel 7 lyder som følger:

«Artikkel 7

Medlemsstatene skal fastsette bestemmelser om at behandling av personopplysninger kan utføres bare dersom

- a) den registrerte har gitt sitt utvetydige samtykke, eller*
- b) behandlingen er nødvendig for å oppfylle en kontrakt som den registrerte er part i, eller for å iverksette tiltak på dennes anmodning før kontraktsinngåelsen, eller*
- c) behandlingen er nødvendig for å oppfylle en rettslig forpliktelse som gjelder den behandlingsansvarlige, eller*
- d) behandlingen er nødvendig for å verne den registrertes vitale interesser, eller*
- e) behandlingen er nødvendig for å utføre en oppgave i offentlighetens interesse eller utøve offentlig myndighet som den behandlingsansvarlige eller tredjemann som opplysningene er formidlet til, er blitt pålagt, eller*
- f) behandlingen er nødvendig for at den behandlingsansvarlige eller tredjemann som opplysningene er formidlet til, kan forfølge en berettiget interesse, med mindre den registrertes interesser eller grunnleggende rettigheter og friheter som skal vernes i henhold til artikkel 1 nr. 1, går foran.»*

Etter en alminnelig forståelse av direktivets artikkel 7 angir heller ikke denne teksten noen eksplisitt rangordning av de rettslige grunnlagene. Det kan derfor ikke utledes noen argumenter direkte fra artikkel 7 for løsningen av spørsmålet om det gjelder noen prioriteringsrekkefølge mellom samtykke fra den registrerte og nødvendighetsgrunnene i personopplysningsloven § 8.

Personverndirektivets artikkel 29 gir grunnlag for opprettelsen av en rådgivende og uavhengig arbeidsgruppe. Denne gruppen kalles Artikkel 29-gruppen. Gruppens formål er å bidra til en ensartet anvendelse av reglene etter personverndirektivet, jf. artikkel 30.³⁷

³⁶ Jf. personverndirektivet fortalens punkt 9 og artikkel 5.

³⁷ Jf. personverndirektivet artikkel 29 og artikkel 30.

Materiale fra Artikkel 29-gruppen er tilgjengelig på Artikkel 29-gruppens nettside.³⁸ Gruppen har produsert materiale siden 1997, med varierende antall arbeider hvert år. Arbeidene fra Artikkel 29-gruppen kan med fordel skilles fra hverandre ut i fra om Gruppen fortolker ordlyden i personverndirektivet eller om den avgir utfyllende retningslinjer om personvernspørsmål i EU, uten noen særlig rettslig forankring. Gruppen har avgitt to rådgivende uttalelser som berører oppgavens tema. Det er «*Opinion 15/2011 on the definition of consent*» og «*Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC.*»

Den første uttalelsen er fra 2011 og bærer preg av å være en utfyllende retningslinje om hvilke krav som stilles til samtykke etter direktivet. Den inneholder også enkelte utsagn om andre grunnlag for behandling personopplysninger etter direktivets artikkel 7. Den andre uttalelsen er fra 2014, og fortolker ordlyden av direktivets artikkel 7 f. I tillegg inneholder uttalelsen refleksjoner rundt forholdet mellom artikkel 7 f og de fem andre rettslig grunnlag som oppstilles i artikkel 7.

Spørsmålet er i hvilken grad disse rådgivende uttalelsene fra Artikkel 29-gruppen er en rettskildefaktor det er relevant å hente argumenter fra, ved løsning av et rettsspørsmål som har oppstått i norsk rett.

I en artikkel fra 2003 diskuterer Hans Petter Graver hvordan det norske rettskildebildet har blitt endret av internasjonale konvensjoner som Norge er tilsluttet.³⁹ Personverndirektivet er en del av en slik internasjonal konvensjon fordi den er inntatt i EØS-avtalen.⁴⁰ Når det er tale om å fastlegge av innholdet i norsk rett som er basert på internasjonale konvensjoner understreker Graver at det er viktig å skille mellom praksis fra organer med kompetanse til å treffe avgjørelser, med bindende virkning for medlemsstatene, og organer som kun har rådgivende eller oppfordrende kompetanse. Graver peker på at når organene kun er tillagt rådgivende kompetanse, er det gode reelle grunner for et slikt skille:

«Sammensetningen av slike organer er ikke like formell som når staten utnevner sine representanter til internasjonale domstoler som kan binde dem (...) Rådgivende organer kan føle seg friere til å forfølge en dynamisk linje i forhold til den konvensjon de tolker, siden det er opp til en politisk avgjørelse å treffe beslutning om de konsekvenser uttalelsen skal ha.»

³⁸ http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/index_en.htm

³⁹ Internasjonale konvensjoner som rettskilde, Hans Petter Graver, Lov og Rett, 2003, side 468-489.

⁴⁰ EØS-avtalen er folkerettslig bindende for Norge. Med folkerett sikter jeg til den retten som gjelder mellom stater. Norge som stat er bundet til å gjennomføre reglene i EØS-avtalen i sin nasjonale lovgivning.

Gravers synspunkt kan trekke i retning av at uttalelser fra et rådgivende organ som Artikkel 29-gruppen ikke bør ha stilling som rettskildefaktor på lik linje med organer med kompetanse til å avgi bindende uttalelser. Høyesterett har imidlertid vurdert rådgivende uttalelser fra enkelte organer til å stå i en annen og mer betydningsfull stilling ved tolkningsspørsmål enn hva Gravers synes å gi uttrykk for.

Et eksempel på det sistnevnte er rådgivende uttalelser fra EFTA-domstolen. EFTA-domstolen avsier bindende avgjørelser for Norge i saker der det er spørsmål om staten har brutt sine avtaleforpliktelser i forbindelse med EØS-avtalen. I tillegg til dette kan domstolen gi rådgivende uttalelser som ikke er formelt bindende for den retten som ber om uttalelsen. I Rt. 2000 side 1811 behandlet Høyesterett et spørsmål om det var motstrid mellom norsk rett og EØS-retten.⁴¹ EFTA-domstolen ble bedt om å uttale seg i forbindelse med saken. Høyesterett vurderte betydning av EFTA-domstolens uttalelse slik:

«Uttalelsen fra EFTA-domstolen er rådgivende, jf. artikkel 34 i Overvåknings- og domstolavtalen (ODA-avtalen) mellom EFTA-statene. Dette innebærer at Høyesterett har myndighet og plikt til selvstendig å ta stilling til hvorvidt og i hvilken grad uttalelsen skal legges til grunn for Høyesteretts avgjørelse. Men jeg finner samtidig at uttalelsen må tillegges vesentlig vekt.»

Uttalelsen fra Høyesterett viser at retten vurderte EFTA-domstolens rådgivende uttalelse både som relevant og fant at den måtte tillegges vesentlig vekt. Som begrunnelse for dette viste førstvoterende blant annet til opprettelsen av EFTA-domstolen, hvor et av formålene var at domstolen skulle arbeide for lik fortolkning og anvendelse av EØS-avtalen. Det ble også vist til EFTA-domstolens særlige kunnskap og autoritet i forhold til EØS-avtalens regler, samt at EFTA-domstolen saksbehandling åpnet for at medlemslandene og organer innen EFTA og EF fikk anledning til å uttale seg om de spørsmål som reises.⁴²

Spørsmålet er om det finnes noen tilsvarende argumenter, som taler for at rådgivende uttalelser fra Artikkel 29-gruppen er relevante ved fastleggelse av om det gjelder noen prioriteringsrekkefølge mellom samtykke fra den registrerte og nødvendighetsgrunnene i personopplysningsloven § 8.

Etter personverndirektivets artikkel 30 nr. 1 a, skal Artikkel 29-gruppen

⁴¹ Også kalt Finangersaken. Det sentrale spørsmålet var om det var motstrid mellom bilansvarsloven § 7 tredje ledd bokstav b og tre direktiver om motorvognforsikring i EØS-retten.

⁴² Jf. artikkel 20 i protokoll 5 til ODA-avtalen.

«undersøke et hvert spørsmål om anvendelsen av nasjonale bestemmelser som vedtas i henhold til dette direktiv, med sikte på å bidra til ensartet anvendelse.»

Et av formålene med Artikkel 29-gruppen er dermed å bidra til lik fortolkning og anvendelse av direktivet i medlemsstatene.

Dette formålet er særlig trukket fram som begrunnelse for at Artikkel 29-gruppen har gjennomført analysen i Opinion 06/2014. Artikkel 29-gruppen uttaler i sammendraget på side 3 at den har registrert en svært ulik forståelse og praktisering av bestemmelsen i artikkel 7 f i de ulike medlemslandene, noe som har ført til liten grad av forutberegnelighet og en svekket posisjon for den enkelte borgers kontroll med sine egne personopplysninger.⁴³ Artikkel 29-gruppen har derfor tatt sikte på å avklare rettsstilstanden, herunder interesseavveiningen som skal gjennomføres etter artikkel 7 f.⁴⁴

Det vil vanskeliggjøre realiseringen av formålet med Artikkel 29-gruppen, dersom gruppens arbeider ikke skulle ha noen rettslig relevans ved fastleggelsen av direktivets innhold overfor medlemslandene. Dette trekker i retning av at Artikkel 29-gruppens rådgivende uttalelser bør anses relevante ved fastleggelse av innholdet i den nasjonale lovgivningen i medlemslandene som baserer seg på direktivet.

Det følger av direktivets artikkel 29 nr. 2 at Artikkel 29-gruppens medlemmer skal være sammensatt av representanter fra tilsynsmyndighetene i hvert medlemsland. Det faktum at Artikkel 29-gruppen består av representanter fra hvert av medlemslandene, med faglig kompetanse innenfor personopplysningsfeltet, trekker i retning av at Gruppen har særlig forutsetninger for å avgi riktige tolkningsuttalelser for hvordan direktivet skal forstås. Når Artikkel 29-gruppen sørger for representasjon og innflytelse fra alle medlemslandene, taler det for at uttalelsene bør ha rettslig relevans for forståelsen av direktivets bestemmelser.

På den annen side er det et viktig moment at personverndirektivet selv åpner for at medlemsstatene har frihet, innenfor de rammene direktivet trekker opp.⁴⁵ Skulle et rådgivende organ, som Artikkel 29-gruppen, avsi uttalelser som innskrenker medlemsstatenes frihet i større grad enn det direktivets ordlyd selv åpner for, vil det stride mot de forutsetningene medlemslandene hadde da de forpliktet seg til direktivet. Relevansen av rådgivende uttalelser fra Artikkel 29-gruppen kan derfor bare trekkes inn ved fastleggelsen av minimumskrav til personverndirektivet.

⁴³ Jf. Opinion 06/2014, side 3.

⁴⁴ Jf. Opinion 06/2014, side 5.

⁴⁵ Jf. personverndirektivet artikkel 5 og fortalens punkt 9.

Ved vurderingen av om Opinion 15/2011 og 06/1014 er relevante, legger jeg særlig vekt på at formålet med Artikkel 29-gruppen er å bidra til lik fortolkning og anvendelse av direktivet i medlemstatene. I tillegg kommer medlemstatenes innflytelse på arbeidet til Gruppen gjennom sine representanter. Til tross for at Artikkel 29-gruppens arbeider rent formelt kun er rådgivende, er min konklusjon at Artikkel 29-gruppens arbeider utgjør en relevant rettskilde ved løsning av oppgavens problemstilling.

Når det gjelder i hvilken retning argumentene fra Artikkel 29-gruppens uttalelser trekker, og hvilken rettskildemessig vekt disse får ved løsning av oppgavens problemstilling, beror det på en konkret vurdering av de enkelte uttalelsene og rettskildebildet ellers.⁴⁶

1.3.5 Reelle hensyn

Begrepet reelle hensyn er vurderinger av hva som er en rimelig, rettferdig og formålstjenlig forståelse av en rettsregel.⁴⁷ Reelle hensyn bidrar til at rettsreglene tolkes slik at formålene med reglene blir fremmet og uønskede virkninger blir søkt unngått. Reelle hensyn står sentralt som rettskildefaktor i Høyesterett sin rettsanvendelse, hvilket tilsier at den er en relevant rettskildefaktor også i denne problemstillingen.⁴⁸

Den generelle rettskildemessige vekten argumenter fra reelle hensyn kan tillegges ved løsning av rettsspørsmål, er relativ. Den konkrete vekten varierer ut ifra rettskildebildet ellers. I dette ligger at reelle hensyn ofte vil komme inn i rettsanvendelsesprosessen der det ikke er tilstrekkelig veiledning i loven, eller i andre antatt sterke rettskildefaktorene, som for eksempel forarbeider og praksis fra Høyesterett. Et slikt rettskildebilde foreligger ved løsning av oppgavens problemstilling, noe som tilsier at reelle hensyn har relativt stor vekt.

1.3.6 Juridisk teori

En rettsanvender er ikke bundet av synspunkter som fremkommer i juridisk teori. Til tross for dette, er det likevel vanlig at rettsanvenderen blir influert av litteraturen. Det kan skje på ulike måter. Delvis kan rettsanvenderen legge vekt på forfatterens synspunkt, fordi det er betryggende å komme til samme resultat som en profilert jurist eller professor. Delvis kan det være selve argumentasjonen som virker overbevisende, eller det kan være at en forfatter viser til materiale fra andre rettskilder som en selv ikke ville funnet fram til.

⁴⁶ Se punkt 3.1.3.

⁴⁷ Skoghøy, Lov og Rett 2013, side 257-258.

⁴⁸ Jf. for eksempel Rt. 2010 s. 291 eller Rt. 2010 s. 691.

Dette innebærer at den juridiske litteraturen på personopplysningsrettens område har liten vekt som rettskildefaktor, men at den likevel kan øve en grad av faktisk innflytelse via de ulike kanalene jeg har beskrevet ovenfor.

Juridisk teori som har influert denne avhandlingen er Coll og Lenth, Personopplysningsloven – en håndbok (2000). Wiik Johansen, Kaspersen og Bergseng Skullerud i Personopplysningsloven Kommentartutgave (2001). Peter Blume i Vurdering af Personvernemndas praksis 2001-2008 (2009), Ottesen og Blixrud, Personvern i Finanssektoren (2010) og Schartum og Bygrave i Personvern i informasjonssamfunnet, 2. utg, (2011).

1.4 Oppgavens oppbygning

Oppgaven har tre hoveddeler foruten innledning og avslutning. Den første hoveddelen (kapittel 2) er ment som et innføringskapittel for å gi oversikt over de viktigste krav lovgiver har satt for lovlig behandling av personopplysninger, mens de to andre kapitlene er de som primært svarer på problemstillingen.

Kapittel 2 inneholder en kort presentasjon av betydningen av rettslig grunnlag for å behandle personopplysninger og hvilke regler i loven som bidrar til å øke sannsynligheten for at den behandlingsansvarlige overholder kravet om rettslig grunnlag. Deretter behandler jeg innholdet av hvert enkelt rettslig grunnlag i personopplysningsloven § 8.

I kapittel 3 vurderer jeg relasjonen mellom samtykke fra den registrerte og nødvendighetsgrunnene i personopplysningsloven § 8, altså om det gjelder noen prioriteringsrekkefølge mellom de rettslige grunnlagene i loven.

I kapittel 4 skal jeg undersøke Personvernemndas vurdering av om det gjelder noen prioriteringsrekkefølge mellom samtykke fra den registrerte og nødvendighetsgrunnene i personopplysningsloven § 8. I starten av kapittel 4 har jeg redegjort spesielt for metoden jeg har brukt for undersøkelsen av Personvernemndas avgjørelser.

Det ville vært mulig å strukturere oppgaven slik at jeg hadde vurderte Personvernemndas behandling av prioritet og rettslig grunnlag (kapittel 4) i sammenheng med min egen rettsdogmatiske vurdering (kapittel 3). Grunnen til at jeg har valgt å behandle kapittel 3 først, er fordi jeg mener det vil være disposisjonsmessig uoversiktlig og ha en omfattende bolk om Personvernemnda midt i min egen rettsdogmatiske drøftelse. I tillegg ville det medføre en dobbeltbehandling av rettskildene, fordi Personvernemnda bygger på de samme kildene som jeg gjennomgår i kapittel 3.

2 De rettslige grunnlagene i personopplysningloven § 8

2.1 Innledning

I kapitlets første del vil jeg gi en kort presentasjon av betydningen av rettslig grunnlag for å behandle personopplysninger, og hvilke regler som gjelder når den behandlingsansvarlige skal gå frem for å etablere rettslig grunnlag etter personopplysningsloven. Deretter vil jeg gjøre rede for innholdet av hvert enkelt rettslig grunnlag i personopplysningsloven § 8; lovhjemmel, samtykke fra den registrerte og nødvendighetsgrunnene i bokstav a-f.

2.2 Betydningen av rettslig grunnlag og klarlegging av dette etter loven

Rettslig grunnlag er en betegnelse på et krav som må være oppfylt for at det skal være lovlig å behandle personopplysninger. Det rettslige grunnlaget må foreligge før behandling av personopplysningene begynner. Vurderingen av hvorvidt det foreligger et tilstrekkelig rettslig grunnlag foretas i første omgang av den behandlingsansvarlige selv.⁴⁹

Det finnes ulike regler i personopplysningsloven som etterspør rettslig grunnlag for behandling av personopplysninger, eller som på annen måte forutsetter at det er klarlagt. Bestemmelsene om konsesjonsplikt,⁵⁰ meldeplikt⁵¹ og reglene om internkontroll⁵² er eksempler på slike regler. Etterspørselen av eller forutsetningen om at det foreligger rettslig grunnlag etter disse bestemmelsene, er med på å øke sannsynligheten for at den behandlingsansvarlige blir klar over kravet om rettslig grunnlag, og overholder dette ved sin behandling av personopplysninger.

Tilsynsmyndighetens kontroll av om kravet til rettslig grunnlag faktisk overholdes, finner imidlertid bare sted ved innvilgelse av konsesjonssøknad.⁵³ I de fleste tilfeller vurderes og godkjennes dermed ikke lovligheten av det rettslige grunnlaget av andre enn den behandlingsansvarlige selv.

⁴⁹ Jf. personopplysningsloven § 2 nr. 4. Jf. Schartum og Bygrave, Personvern i informasjonssamfunnet, 2.utg, side 148-158 for nærmere beskrivelse av rollen som behandlingsansvarlig.

⁵⁰ Jf. personopplysningsloven §§ 33-35 og personopplysningsforskriften kapittel 7. Etter personopplysningsloven § 33(1) er det i utgangspunktet behandling av sensitive personopplysninger som krever konsesjon.

⁵¹ Jf. personopplysningsloven §§ 31 og 32 og personopplysningsforskriften §§ 7-6 til 7-12.

⁵² Etter reglene om internkontroll har behandlingsansvarlige ansvaret for, og skal være i stand til å dokumentere hvilke tiltak og rutiner virksomheten har for å oppfylle kravene i personopplysningloven. I dette ligger en forutsetning om at den behandlingsansvarlig vurderer spørsmålet om rettslig grunnlag, jf. personopplysningloven § 14 og personopplysningsforskriften kapittel 7, del III. Se også personopplysningsforskriften § 7-12, jf. personopplysningsloven § 32.

⁵³ Jf. personopplysningsloven § 33(1), jf. §§ 34 og 35.

2.3 Innhold i hvert enkelt rettslig grunnlag

2.3.1 Innledning

I det følgende skal jeg beskrive innholdet i hvert av de rettslige grunnlagene i personopplysningsloven § 8. Hensikten er kun å gi en oversikt over de viktigste krav lovgiver har satt for lovlig behandling av personopplysninger. I tillegg er det en forutsetning for å ha utbytte av drøftelsen i kapittel 3 og 4, at leseren har kunnskap om innholdet av hvert av de rettslige grunnlagene i personopplysningsloven § 8.

2.3.2 Lovhjemmel

Personopplysninger kan behandles dersom «*det er fastsatt i lov at det er adgang til slik behandling*»⁵⁴ For å avgjøre om dette er oppfylt, følger det av proposisjonen fra departementet at den behandlingsansvarlige må tolke loven og på bakgrunn av denne tolkningen avgjøre om lovteksten hjemler behandlingen av personopplysninger.⁵⁵ Forskrift gitt i medhold av lov er ansett å tilfredsstille kravet til lovhjemmel. Hvorvidt den aktuelle lovbestemmelsen hjemler behandlingen, beror dermed på hvor klart loven eller forskriften er utformet.

I tilfelle hvor det er tvilsomt om lovbestemmelsen hjemler adgang til behandling, gir proposisjonen retningslinjer som kan bidra til hva den behandlingsansvarlige må forholde seg til. Justiskomiteen sluttet seg til departementets forslag i sin Innst. O nr.51 (1999-2000).⁵⁶ I proposisjonen presiserer departementet at hjemmelskravet er relativt, slik at det kreves klarere lovhjemmel jo større konsekvenser for personvernet behandlingen kan få.

En gruppe lovgivning som gir hjemmel til å behandle personopplysninger er for eksempel ulike registerlover.⁵⁷ Ved slike lover har Stortinget konkret tatt stilling til at personopplysninger kan behandles. Kravet til lovhjemmel i personopplysningsloven § 8 må imidlertid ses i sammenheng med kravet om at behandling er «*nødvendig for å utøve offentlig myndighet*» i personopplysningsloven § 8 e.⁵⁸

Bokstav e gir adgang til å behandle opplysninger når det er nødvendig for å utøve offentlig myndighet. Til tross for at Stortinget ikke konkret har tatt stilling til hvorvidt personopplysningene kan behandles i en lovhjemmel, innebærer bestemmelsen at forvaltningen, likevel kan

⁵⁴ Jf. personopplysningsloven § 8 som er gjengitt i punkt 1.3.2.

⁵⁵ Jf. Ot.prp.92 (1998-1999), side 108-109.

⁵⁶ Jf. Ot.prp.92 (1998-1999), side 108-109 og Innst. O. nr. 51 (1999-2000) side 17.

⁵⁷ For eksempel folkeregisterloven.

⁵⁸ Se punkt 1.3.2 for lovteksten i personopplysningsloven § 8 og punkt 2.3.4 for nærmere behandling av denne nødvendighetsgrunnen.

behandle opplysningene forutsatt at det er nødvendig for å utøve den offentlige myndigheten. I nødvendig ligger det at formålet til forvaltningen ikke kan oppfylles på annen måte enn ved behandling personopplysningene, og at behandlingen er forholdsmessig. Dette er eksempelvis tilfellet i folketrygdloven og skatteloven. Disse lovene forutsetter behandling av en rekke personopplysninger for at ulike vedtak etter lovene kan treffes. Det er likevel ikke slik at offentlige myndigheter kan behandle opplysninger etter bokstave dersom legalitetsprinsippet krever at myndighetene må ha grunnlag i lov.

Eksisterer det tilstrekkelig lovhjemmel vil det alltid legitimere behandling av personopplysninger. På denne bakgrunn anser jeg prioritetsspørsmålet for lovhjemmel for å være avklart i så stor grad at jeg ikke vil behandle dette prioriteringss spørsmålet ytterligere.

2.3.3 Samtykke fra den registrerte

Personopplysninger kan behandles dersom «(...)den registrerte har samtykket(...)»⁵⁹ I personopplysningsloven § 2 nr. 7 er et gyldig samtykke definert som en

*«frivillig, uttrykkelig og informert erklæring fra den registrerte om at han eller hun godtar behandling av opplysninger om seg selv.»*⁶⁰

Den registrerte forstås som den en personopplysning kan knyttes til.⁶¹ Som Schartum og Bygrave skriver i sin lærebok, kan ordet «registrert» tyde på at det kun dreier seg om personer som det allerede er lagret personopplysninger om.⁶² «Registrert» kan imidlertid ikke forstås som et krav om at personopplysningen må være lagret. Det avgjørende er om personopplysningene det er tale om, kan knyttes til personen.

For å være gyldig må samtykke gis av den registrerte selv eller ved fullmakt. Dette følger av proposisjonen fra departementet.⁶³ Videre må samtykke være «frivillig.»⁶⁴ En naturlig forståelse av frivillig innebærer at det ikke kan være negative konsekvenser knyttet til at samtykke ikke gis. En person kan for eksempel ikke stilles i en dårligere situasjon ovenfor arbeidsgiver eller offentlig myndigheter dersom personen ikke samtykker til at disse behandler personopp-

⁵⁹ Personopplysningsloven § 8 er gjengitt i oppgavens punkt 1.3.2.

⁶⁰ Lovteksten i § 2 nr. 7 er ifølge proposisjonen fra departementet basert på personverndirektivets artikkel 2 bokstav h og utvalgets forslag i NOU 1997:19 side 131-135.

⁶¹ Jf. personopplysningsloven § 2 nr. 6 og punkt 1.2.

⁶² Jf. Schartum og Bygrave, 2011, Personvern i informasjonssamfunnet, 2.utg, side 144.

⁶³ Jf. Ot.prp.92 (1998-1999) side 103 -104. Justiskomiteen har ikke kommentert dette i sin Innst. O. nr. 51 (1999-200), men vedtatt departementets forslag uten presiseringer.

⁶⁴ Jf. NOU 1997:19, side 133-134 og Ot.prp.92 (1998-1999) side 103 -104.

lysningene dine. Motsetningsvis kan et samtykke klart være frivillig selv om det medfører en fordel å gi samtykke.⁶⁵

Det neste kravet er at samtykket må være «*informert*.» Etter proposisjonen fra departementet innebærer dette at den registrerte må forstå hva den samtykker til.⁶⁶ For å oppnå dette, må den som samtykker gis informasjon om relevante faktiske forhold.⁶⁷ Det er behandlingsansvarlig som skal vurdere hvilken informasjon dette er, men det naturlige er å gi den registrerte slik informasjon at vedkommende kan gjøre bruk av sine rettigheter etter personopplysningsloven, jf. personopplysningsloven § 19.

Det siste kravet er at samtykke fra den registrerte må være «*uttrykkelig*.» En naturlig forståelse av «*uttrykkelig*» innebærer at det ikke kan være tvil om at samtykke er gitt og hva det er samtykket til. Det følger av proposisjonen at det ikke stilles formkrav til hvordan samtykke fra den registrerte gis.⁶⁸ Samtykket kan avgis skriftlig, muntlig eller elektronisk via avkrysning på internett. Et samtykke er ikke avgitt uttrykkelig dersom det ikke er foretatt noen aktiv handling fra den registrerte. En situasjon der den registrerte anses å avgi samtykke ved å forholde seg passiv, er eksempelvis ikke tilstrekkelig til å oppfylle kravet.⁶⁹

Særlige spørsmål reiser seg dersom samtykke gis, men deretter trekkes tilbake. I proposisjonen skriver departementet at det må legges til grunn at behandlingen ikke kan fortsette dersom samtykke trekkes tilbake.⁷⁰ Behandling som har funnet sted i tidsrommet mellom avgivelsen og tilbaketrekningen av samtykket, vil likevel være lovlig.

I forbindelse med kravet om samtykke fra den registrerte, oppstår det en rekke rettslige problemstillinger i tillegg til dem jeg har berørt i dette avsnittet. For eksempel vil kravene som stilles til samtykke kunne være annerledes for mindreårige, umyndiggjorte eller ved kollektivt samtykke. Det sentrale spørsmålet i denne oppgaven er imidlertid hvordan relasjonen mellom samtykke fra den registrerte og nødvendighetsgrunnene i personopplysningsloven § 8

⁶⁵ Jf. Schartum og Bygrave, 2011, Personvern i informasjonssamfunnet, 2.utg, side 161-163.

⁶⁶ Ot.prp.92 (1998-1999) side 103 -104. Justiskomiteen har ikke kommentert dette i sin Innst. O. nr. 51 (1999-2000), men vedtatt departementets forslag uten presiseringer.

⁶⁷ Jf. Schartum og Bygrave, 2011, Personvern i informasjonssamfunnet, 2.utg, side 162.

⁶⁸ Jf. Ot.prp.92 (1998-1999) side 103 -104. Justiskomiteen har ikke kommentert dette i sin Innst. O. nr. 51 (1999-2000), men vedtatt departementets forslag uten presiseringer.

⁶⁹ Dette presisert utvalget i NOU 1997:19 side 133, jf. Ot.prp.92 (1998-1999) side 103 -104.

⁷⁰ Jf. Ot.prp.92 (1998-1999) side 108-109 og Innst. O nr. 51 (1999-2000) side 17.

er etter gjeldende rett. Derfor avgrenser jeg mot ytterligere spørsmål om gyldig samtykke fra den registrerte etter personopplysningsloven.⁷¹

2.3.4 Nødvendig grunn

I personopplysningsloven § 8 bokstav a-f er det bestemt at personopplysninger kan behandles dersom det er «nødvendig» for å oppfylle de angitte formålene i lovteksten.⁷² Formålene er vidt angitte og skjønnsmessig formulert. I det følgende skal jeg beskrive hva som ligger i ordet «nødvendig» og i hva som ligger i de opplistede formålene i bokstav a-f.

En naturlig språklig forståelse av ordet «nødvendig» innebærer at noe er uunnværlig. Spørsmålet er imidlertid om «nødvendig» skal forstås på denne måten, eller om det gir uttrykk for et mindre strengt krav. Verken NOU 1997:19, proposisjonen fra departementet eller Innst. O nr. 51 (1999-2000) gir noen utfyllende informasjon for hva som ligger i nødvendighetskravet. Schartum og Bygrave mener det er nærliggende å tolke «nødvendig» i tråd med EMDs praksis.⁷³ På bakgrunn av personverndirektivet gir anvisning på at direktivet skal forstås i overensstemmelse med Artikkel 8 i den Europeiske Menneskerettighetskonvensjonen (EMK), tar jeg utgangspunkt i dette.⁷⁴

«Nødvendig» i EMDs praksis uttrykker et påtrengende samfunnsmessig behov, samt at dette behovet må være forholdsmessig ut ifra behandlingens formål.⁷⁵ Hvor strengt disse vilkårene skal tolkes, vil antakelig bero på arten av personopplysningene og hvilke omstendigheter de skal behandles under. Det følger av EU-domstolens praksis at behandling av personopplysninger kan være nødvendig, dersom det medfører at behandlingsformålet oppnås på en mer effektiv måte. Denne tolkningen av «nødvendig», rettet seg imidlertid konkret mot nødvendighetskravet i direktivets artikkel 7 e, som tilsvarer personopplysningsloven § 8 e. Det er usikkert om man kan legge dette standpunktet til grunn for de øvrige nødvendighetsalternativene. Jeg forstår likevel kildene slik at «nødvendig» ikke kan forstås ordrett som et krav om at behandlingen må være uunnværlig for å være tillatt etter personopplysningsloven § 8. Utover dette må hva som er «nødvendig» vurderes konkret i det enkelte tilfelle.

⁷¹ For mer informasjon om hva som antas å ligge i kravet til samtykke viser jeg til NOU 2009:1, for eksempel i Del II og Del IV. Artikkel 29-gruppen behandler også temaet i Opinion 15/2011. Det kan være tvilsomt hvilken rettskildemessig forankring Artikkel 29-gruppen har for enkelte av sine uttalelser. Etter min mening kan likevel Opinion 15/2011 fungere godt som en illustrasjon for hvilke spørsmål og momenter som kan oppstå i forbindelse med samtykkekravet.

⁷² Personopplysningsloven § 8 er gjengitt i punkt 1.3.2.

⁷³ Jf. Schartum og Bygrave, 2011, Personvern i informasjonssamfunnet, 2.utg, side 165.

⁷⁴ Jf. fortalen til direktivet i punkt 10 og NOU 2009:1, side 59-60.

⁷⁵ Jf. Schartum og Bygrave, 2011, Personvern i informasjonssamfunnet, 2.utg, side 105-109 og 165.

Personopplysningsloven § 8 bokstav a gjennomfører personverndirektivet artikkel 7 bokstav b i norsk rett.⁷⁶ Bestemmelsen uttrykker to ulike formål. Det første formålet er at behandlingen er *«nødvendig for å oppfylle en avtale med den registrerte.»* En alminnelig forståelse av dette innebærer at den registrerte har inngått en avtale som krever behandling av personopplysninger. Med andre ord vil den inngåtte avtalen ikke kunne oppfylles uten behandlingen. Det er innholdet i avtalen og tolkning av avtalevilkårene som avgjør hvilke personopplysninger det er lovlig å behandle.

I proposisjonen er det gitt eksempler på at slik behandling kan være nedtegning av avtalepartens navn og adresse eller utfylling av fakturaer.⁷⁷ I juridisk litteratur er det vist til andre eksempler som også må antas å oppfylle det første formålet i bokstav a. Blant annet vil en arbeidsgiver ha rettslig grunnlag til å behandle opplysninger som er nødvendig for å gjennomføre arbeidsavtale med den registrerte. Et annet eksempel kan være når behandling av den registrertes navn og adresse er nødvendig for levering av bestilte varer.⁷⁸

Det andre formålet i bokstav a går ut på at behandling av personopplysninger er tillatt dersom det er *«nødvendig for å utføre gjøremål etter den registrertes ønske før en slik avtale inngås»* En alminnelig forståelse av dette innebærer at personopplysninger kan behandles for å utføre oppgaver den registrerte har uttrykt ønske om, også før det er inngått endelig avtale mellom den registrerte og den behandlingsansvarlige. I proposisjonen er det som eksempel vist til at behandling av personopplysninger er nødvendig som ledd i kredittvurdering, før den registrerte får tilbud om lån eller kreditt. Da kan kredittinstitusjonen lovlig behandle personopplysninger for å foreta en kredittvurdering av lånsøkeren.⁷⁹

I begge formålene i bokstav a ligger det en forutsetning om aksept fra den registrerte, både i selve avtaleinngåelsen og i aksepten av avtalevilkårene. Formålene i bokstav a er på denne måten ikke så ulike det rettslige grunnlaget om samtykke fra den registrerte. Det er likevel en forskjell i at en avtaleaksept ikke fritt kan trekkes tilbake slik et samtykke kan.

Personopplysningsloven § 8 bokstav b gjennomfører personverndirektivet artikkel 7 bokstav c i norsk rett.⁸⁰ Bestemmelsen hjemler adgang til å behandle personopplysninger når dette er *«nødvendig for at den behandlingsansvarlige skal kunne oppfylle en rettslig forpliktelse.»* En

⁷⁶ Jf. Ot.prp.92 (1998-1999), side 108-109.

⁷⁷ Jf. Ot.prp.92 (1998-1999), side 108-109 og Innst. O nr. 51 (1999-2000) side 17.

⁷⁸ Jf. Schartum og Bygrave, 2011, Personvern i informasjonssamfunnet, 2.utg, side 164 og Wiik Johansen, Kaspersen og Bergseng Skullerud, Personopplysningsloven Kommentartutgave, 2001, side 100.

⁷⁹ Jf. Ot.prp.92 (1998-1999) side 108-109 og Innst. O. nr. 51 (1999-2000) side 17.

⁸⁰ Jf. Ot.prp.92 (1998-1999) side 108-109.

rettslig forpliktelse omfatter forpliktelse som er nedfelt i lov, forskrift eller internasjonale konvensjoner som Norge har ratifisert.⁸¹

I kommentarutgaven til personopplysningsloven beskrives rettslig forpliktelser som «regler som pålegger plikter som kan håndheves ved norske domstoler.»⁸² Også instruks og retningslinjer som gir det offentlige en bestemt kompetanse, vil kunne danne grunnlag for behandling av personopplysninger etter bokstav b. Til tross for dette, er det antatt i teorien at begrepet rettslig forpliktelse må tolkes relativt strengt.⁸³ Et eksempel er at en behandlingsansvarlig trolig ikke kan anføre at han har inngått en avtale med en tredjepart om behandling av personopplysninger som forplikter ham. En slik forståelse av rettslig forpliktelser vil gi bokstav b et for vidt innhold.

Personopplysningsloven § 8 bokstav c gjennomfører personverndirektivet artikkel 7 bokstav d i norsk rett.⁸⁴ Formålet med bestemmelsen er at behandlingen må være «nødvendig for å varetta den registrertes vitale interesser.» En alminnelig språklig forståelse av begrepet vital interesse innebærer interesser som har betydning for den registrertes liv og helse.

Det følger av fortalen til personverndirektivet at behandling av personopplysninger som er nødvendig for ivaretagelsen av interesser av vesentlig betydning for den registrertes liv, er i samsvar med direktivet.⁸⁵ På denne bakgrunn kan det argumenteres for at begrepet vitale interesser må tolkes strengt, slik at det ikke vil være tilstrekkelig å behandle personopplysninger for å ivareta andre interesser for den registrerte. En slik annen interesse kan for eksempel være en interesse av økonomisk art.

Denne forståelsen bekreftes i proposisjonen fra departementet. Eksemplet som trekkes frem for å illustrere en vital interesse, er situasjoner hvor det er behov for å behandle personopplysningene til en som plutselig har mistet bevisstheten, og hvor personopplysningene er nødvendig for å kontrollere blodtype, sykdomshistorie eller for å varsle pårørende.⁸⁶

⁸¹ Jf. Ot.prp.92 (1998-1999) side 108-109 og Innst. O. nr. 51 (1999-2000) side 17.

⁸² Jf. Wiik Johansen, Kaspersen, og Bergseng Skullerud, Personopplysningsloven Kommentarutgave, 2001, side 101.

⁸³ Jf. Wiik Johansen, Kaspersen, og Bergseng Skullerud, Personopplysningsloven Kommentarutgave, 2001, side 101.

⁸⁴ Jf. Ot.prp.92 (1998-1999), side 108-109.

⁸⁵ Jf. fortalens punkt 31.

⁸⁶ Jf. Ot.prp.92 (1998-1999), side 108-109 og Innst. O. nr. 51 (1999-2000) side 17.

Personopplysningsloven § 8 bokstav d gjennomfører personverndirektivet artikkel 7 bokstav e første alternativ i norsk rett.⁸⁷ Bestemmelsen uttrykker et formål om at behandlingen må være *«nødvendig for å utføre en oppgave av allmenn interesse.»* En naturlig språklig forståelse av allmenn interesse tilsier at formålet kan hjemle svært mange forskjellige interesser, så lenge det er snakk om en samfunnsnyttig interesse. Det følger av proposisjonen, at lovgiver hadde et utvalg allmenne interesser for øye ved utformingen av bestemmelsen. Justiskomiteen sluttet seg til departementets forslag i sin Innst. O. nr. 51 (1999-2000) side 17. Disse allmenne interessene er først og fremst behandling av personopplysninger som ledd i arkivering, eller i forbindelse med statistisk, historisk eller vitenskapelig virksomhet.⁸⁸

Den behandlingsansvarlige må foreta en konkret vurdering av i hvilken grad behandlingen er av slik allmenn interesse at den dekker formålet i bokstav d. Dersom det eksempelvis er snakk om et forskningsprosjekt, vil prosjektets allmennytte være sentralt i vurderingen.

Personopplysningsloven § 8 bokstav e gjennomfører personverndirektivet artikkel 7 bokstav e andre alternativ i norsk rett.⁸⁹ Bestemmelsen går ut på at behandlingen må være *«nødvendig for å utøve offentlig myndighet.»* En naturlig språklig forståelse av offentlig utøvelse av myndighet er domstolars eller statlige og kommunale organers inngrep i den enkelte borgers rettsfære. Behandlingen av opplysninger knytter seg utelukkende til opplysninger som er nødvendige for den konkrete myndighetsutøvelsen organet er pålagt å utføre.

I punkt 2.3.2 har jeg redegjort for anvendelsesområdet av bokstav e holdt opp mot anvendelsesområdet til det rettslige grunnlaget om lovhjemmel. I de tilfellene hvor offentlige myndigheter har hjemmel i lov for behandlingen, er dette tilstrekkelig som rettslig grunnlag.

Personopplysningsloven § 8 bokstav f gjennomfører personverndirektivet artikkel 7 bokstav f i norsk rett.⁹⁰ Bestemmelsen krever at behandling av personopplysninger må være *«nødvendig for at den behandlingsansvarlig eller tredjepersoner som opplysningene utleveres til kan ivareta en berettiget interesse, og hensynet til den registrertes personvern ikke overstiger denne interessen.»*

⁸⁷ Jf. Ot.prp.92 (1998-1999), side 108-109.

⁸⁸ Jf. Ot.prp.92 (1998-1999), side 108-109 og Innst. O. nr. 51 (1999-2000) side 17.

⁸⁹ I proposisjonen fra departementet, faller også andre som utøver offentlig myndighet, på vegne av det offentlige, inn under bestemmelsen. Også disse vil dermed kunne behandle personopplysninger i medhold av bokstav e, jf. Ot.prp.92 (1998-1999), side 108-109 og Innst. O. nr. 51 (1999-2000), side 17.

⁹⁰ Jf. Ot.prp.92 (1998-1999) side 108-109.

En alminnelig forståelse av ordlyden tilsier at kravet for å anse behandlingen av personopplysningene for å være nødvendig er lavt, jf. at det kun skal foreligge en «*berettiget interesse*.» I tillegg til dette, krever imidlertid bestemmelsen at ivaretagelsen av den berettigede interessen er viktigere enn hensynet til den registrertes personvern. Dette kravet til interesseovervekt skiller seg fra de øvrige alternativene i bokstav a-e.

I forbindelse med interesseavveiningen presiserer departementet i proposisjonen at «*hensynet til privatlivets fred tillegges betydelig vekt i avveiningen mot kommersielle interesser*.»⁹¹ I tillegg må den registrertes egen mening om behandlingen tillegges vesentlig vekt. Justiskomiteen sluttet seg til departementets forslag i sin Innst. O. nr. 51 (1999-2000) side 17.

I den allerede omtalte Opinion 06/2014, drøfter Artikkel 29-gruppen hvordan interesseavveiningen etter direktivets artikkel 7 f skal gjennomføres. På bakgrunn av at personopplysningsloven § 8 f er ment å gjennomføre artikkel 7 f i norsk rett, kan uttalelsene fungere som tolkningsmoment for hvordan interesseavveiningen etter personopplysningsloven § 8 bokstav f skal foretas.

Artikkel 29-gruppen uttaler at den behandlingsansvarlige først må identifisere den «*berettigede interessen*» for å behandle opplysninger.⁹² Krav til denne interessen er for eksempel at den er nødvendig for å ivareta en grunnleggende rettighet, den er av allmenn interesse eller den på annen måte tjener samfunnet - sosialt, kulturelt eller rettslig. Deretter må den behandlingsansvarlig identifisere hvilke virkninger behandlingen kan få for den registrerte. Det er ingen krav til hvilke virkninger dette kan være, så lenge det har med personverninteressen til den registrerte å gjøre.⁹³ Både arten av opplysningene som behandles, måten opplysningene lagres på (hvor lenge, hvem som har tilgang til dem), forventninger den registrerte har til at opplysningene brukes til det opplyste formålet og hvilket maktforhold det er mellom den behandlingsansvarlige og den registrerte kan være aktuelt.⁹⁴

Når behandlingsansvarlig er ferdig med å kartlegge de aktuelle interessene, skal de veies mot hverandre. Dersom det er tvilsomt hvilke interesser som veier tyngst, har Artikkel 29-gruppen listet opp noen forhold som kan bidra til å minimere virkningen av behandlingen for den registrerte. Det kan blant annet være å minimalisere opplysningene som behandles, tekniske og

⁹¹ Jf. Ot.prp.92 (1998-1999), side 108-109 og Innst. O. nr. 51 (1999-2000), side 17.

⁹² Jf. Opinion 06/2014 side 49 – 51.

⁹³ Jf. Opinion 06/2014 nederst på side 49 “(...) *the data subject, in turn, is entitled to have all categories of interests to be taken into account and weighed against those of the controller or third party, as long as they are relevant within the scope of the Directive.*”

⁹⁴ For eksempel har det betydning dersom den registrerte er et barn.

organisatoriske tiltak for å sikre at opplysningene ikke blir brukt til andre formål enn hva de er innhentet for, å sørge for innsynsrett for den registrerte i hvilke opplysninger som behandles, samt at den registrerte får en generell og ubetinget rett til trekke tilbake sine opplysninger underveis i behandlingen.

Som uttalelsen fra Artikkel 29-gruppen i illustrerer, er ikke hensikten med bokstav f at bestemmelsen skal forstås som en «siste utvei» for å behandle personopplysninger på lovlig vis, når ingen av de andre rettslig grunnlag er oppfylt. En riktig bruk av bestemmelsen skal ivareta hensynet til den registrerte i like stor grad som de andre rettslige grunnlagene i personopplysningsloven § 8.

3 Relasjon mellom de rettslige grunnlagene

3.1.1 Innledning

Ovenfor har jeg redegjort for de rettslige grunnlagene i personopplysningsloven § 8 hver for seg. I det følgende vil jeg fokusere på relasjonen mellom dem.

Spørsmålet er om det gjelder noen prioriteringsrekkefølge mellom samtykke fra den registrerte og nødvendighetsgrunnene i personopplysningsloven § 8.

Nedenfor vil jeg gjennomføre analysen i tre steg. Jeg skal først undersøke hvilken forståelse av prioriteringsrekkefølge lovgiver har. Deretter skal jeg se på hvilken forståelse av prioriteringsrekkefølge andre aktører praktiserer. Til slutt vil jeg undersøke hvilken forståelse av prioriteringsrekkefølge som kan hevdes å være riktig etter formålsbetraktninger og reelle hensyn. Aller først skal jeg gi en kort beskrivelse av i hvilke situasjoner prioriteringsspørsmålet er aktuelt.

3.1.2 Hvilke situasjoner prioriteringsspørsmålet er aktuelt

Behovet for å ha avklart prioriteringsrekkefølgen kan være aktuelt i ulike situasjoner.

En situasjon er der samtykke ikke er forsøkt innhentet, og behandlingsansvarlig ønsker å anvende en nødvendig grunn for behandling direkte. Et slikt ønske kan gjerne være basert på at den behandlingsansvarlige vil spare tid og penger på ikke å innhente samtykke. I tillegg er det ingen risiko for at det rettslige grunnlaget blir trukket tilbake underveis i behandlingen.

Et eksempel på en slik situasjon kan være dersom en virksomhet som Gule sider ønsker å leie ut sine adresselister til andre kommersielle aktører, uten å spørre om samtykke fra de registrerte i adresselisten. Spørsmålet er om Gule sider kan hjemle slik behandling direkte i en av nødvendighetsgrunnene, eller om samtykke fra den registrerte har prioritet som rettslig grunnlag, slik at Gule sider er pålagt å innhente tillatelse fra de registrerte?

En annen situasjon kan være dersom samtykke fra den registrerte har blitt forsøkt innhentet av den behandlingsansvarlige, men nektet slik at det ikke er adgang til å behandle personopplysningen på dette grunnlaget. Den behandlingsansvarlige ønsker likevel «å overkjøre» nektelsen til den registrerte ved å påberope en nødvendig grunn for behandlingen. Eksempelvis kan dette være tilfellet dersom personopplysningene er helt sentrale for den behandlingsansvarlige for å avklare en konkret mistanke om svik, eller at opplysningene knytter seg til et spesielt

samfunnsnyttig forskningsprosjekt (for eksempel et helserelatert forskningsprosjekt).⁹⁵ I en slik situasjon er det av betydning hvilket rettslig grunnlag som har prioritet.

3.1.3 Hvilken forståelse av prioriteringsrekkefølge har lovgiver?

Lovteksten er gjengitt i oppgavens punkt 1.3.2. Etter en alminnelig forståelse av lovens ordlyd ser det ut som de rettslige grunnlagene i personopplysningsloven § 8 er alternative, uten noen form for prioriteringsrekkefølge mellom dem, jf. at grunnlagene er skilt med ordet «eller.» Ordlyden i bestemmelsen sier imidlertid ikke uttrykkelig at de rettslige grunnlagene er alternative. Jeg forstår likevel den konkrete ordlyden i personopplysningsloven § 8 slik at den ikke angir noen prioriteringsrekkefølge av de rettslige grunnlagene.

Et spørsmål er om det kan tenkes at lovgiver har ment noe om prioriteringsrekkefølgen ut ifra rekkefølgen de rettslige grunnlagene står i. Samtykke fra den registrerte står listet opp foran lovhjemmel og de angitte nødvendige grunnene for behandling i bokstav a-f. Jeg har ingen holdepunkter for at rekkefølgen av grunnlagene er noe annet enn tilfeldig. En omstendighet som taler for dette, er at lovhjemmel er plassert etter samtykke. Dersom rekkefølgen hadde betydning for prioriteringsrekkefølgen, ville ikke dette gjenspeilet det faktum at personopplysninger alltid kan behandles når det er hjemmel i lov. Slik jeg forstår den syntaktiske oppbygningen av personopplysningsloven § 8, gir denne ingen holdepunkter for at det gjelder en prioriteringsrekkefølge mellom de rettslige grunnlagene.

Ordlyden «eller» mellom de opplistede rettslige grunnlagene, er den samme i personopplysningsloven § 8 som i personopplysningsloven § 9 bokstav a-h, som gjelder behandling av sensitive personopplysninger. Dersom ordlyden mellom de rettslige grunnlagene hadde vært forskjellig i de to bestemmelsene, kunne det tydet på at lovgiver hadde en bestemt oppfatning av hvordan en eventuell prioriteringsrekkefølge skulle fremkomme av ordlyden i lovteksten. Slik jeg leser personopplysningsloven § 9, er det imidlertid ingen forhold som tilsier at lovgiver har ment at det skal gjelde noen konkret prioriteringsrekkefølge i noen av bestemmelsene.

Det neste spørsmålet er om det finnes uttalelser i forarbeidene til personopplysningsloven som taler for at lovgiver har ment at det gjelder en prioriteringsrekkefølge mellom de angitte rettslige grunnlagene i personopplysningsloven § 8. I proposisjonen uttaler departementet følgende:

⁹⁵ Et poeng er at det i disse situasjonene i tillegg gjerne vil være tale om behandling av sensitive personopplysninger. Da vil også personopplysningsloven § 9 vil sette krav for om behandlingen er lovlig.

*«Behandling av personopplysninger bør i størst mulig utstrekning baseres på samtykke fra den registrerte, selv om den også kan hjemles i de grunnlagene som oppstilles i bokstavene a-f. For det første vil dette styrke den registrertes muligheter til å råde over opplysninger om seg selv. For det annet vil man ved å basere behandlingen på samtykke unngå mulig tvil om de mer skjønnsmessige vilkårene i bokstavene a til f er oppfylt.»*⁹⁶

For å fastlegge meningsinnholdet i proposisjonen, må uttalelsene tolkes etter en alminnelig språklig forståelse.⁹⁷ Jeg tar i denne forbindelse høyde for at ordene som brukes i proposisjonen ikke har gjennomgått den samme behandling i Stortinget som lovteksten har gjort.⁹⁸ Dette innebærer at man bør utvise varsomhet med å legge for mye mening i hvert enkelt ord. På den annen side sluttet Justiskomiteen seg til departementets forslag til personopplysningsloven § 8 i Innst. O nr. 51 (1999-2000) side 17. Dette taler for at departementets uttalelser likevel gir uttrykk for en større grad av lovgivervilje enn den hadde gjort dersom det bare hadde vært departementet som hadde stått bak ordlyden.

Slik jeg leser forarbeidene, trekker formuleringen om at behandlingsansvarlig «*bør*» forsøke å innhente samtykke ved behandling av personopplysninger, i retning av at lovgiver har ment at det gjelder en prioriteringsrekkefølge mellom de rettslige grunnlagene.

På den annen side fremstår ikke uttalelsen fra departementet helt entydig. For det første kan det virke som formuleringen «*bør forsøke å innhente samtykke*» ikke gir uttrykk for en rettslig normering, men en angivelse av hva som er en hensiktsmessig og praktisk forståelse av personopplysningsloven § 8. For det andre forstår jeg passusen om at behandlingen av personopplysninger «*også kan hjemles i de grunnlagene som oppstilles i bokstavene a-f*», som at den behandlingsansvarlige også kan velge å hjemle behandling i de angitte nødvendighetsgrunnene. På denne bakgrunn mener jeg proposisjonen ikke kan tas til inntekt for at lovgiver har ment at det gjelder en prioriteringsrekkefølge mellom samtykke fra den registrerte og nødvendighetsgrunnene i personopplysningsloven § 8.

Som nevnt i punkt 1.3.4, gjennomfører personopplysningsloven personverndirektivet i norsk rett. Etter min oppfatning vil en vurdering av om det gjelder en prioriteringsrekkefølge mellom de angitte rettslige grunnlagene i personverndirektivet artikkel 7, ha betydning for hvilken eventuell prioriteringsrekkefølge som gjelder etter personopplysningsloven § 8. Spørsmå-

⁹⁶ Jf. Ot.prp.92 (1998-1999), side 108-109.

⁹⁷ Som ved tolkning av lovtekst kan det oppstå ulike tolkningsresultat ved fastleggelse av meningsinnholdet i forarbeider. Et eksempel på dette er Rt. 1988 s. 276, hvor flertallet og mindretallet sluttet ulikt om dette.

⁹⁸ Ordlyden i forarbeidene er ikke formelt vedtatt, men skrevet av departementet på veiene av regjeringen

let er derfor om det gjelder noen prioriteringsrekkefølge mellom de angitte rettslige grunnlagene i personverndirektivet artikkel 7.

Personverndirektivets artikkel 7 er gjengitt i punkt 1.3.4. Etter en naturlig forståelse av ordlyden, viser både ordvalg og oppbygningen at artikkel 7 er så og si identisk med personopplysningsloven § 8, jf. blant annet ordet «eller» mellom de rettslige grunnlagene. Dette trekker, ut fra samme resonnement som ovenfor, i retning av at det ikke gjelder noen prioriteringsrekkefølge mellom de rettslige grunnlagene i direktivets artikkel 7. Denne oppfatningen bekreftes videre av direktivets fortale punkt 30, hvor de ulike rettslige grunnlagene også oppregnes alternativt med ordet «eller» mellom seg.

Som jeg har gjort rede for i punkt 1.3.4, er en av Artikkel 29-gruppens oppgaver å gi rådgi- vende uttalelser om fortolkning av ordlyden i direktivet. I den nevnte Opinion 06/2014 uttaler Artikkel 29-gruppen seg om fortolkningen av artikkel 7 f.⁹⁹ Gruppen gir følgende kommentar angående spørsmålet om det gjelder noen prioriteringsrekkefølge mellom de angitte rettslige grunnlagene i direktivets artikkel 7:

“The order in which the legal grounds are listed under Article 7 has sometimes been interpreted as an indication of the respective importance of the different grounds. However (...) the text of the Directive does not make a legal distinction between the six grounds and does not suggest that there is a hierarchy among them. There is not any indication that Article 7(f) should only be applied in exceptional cases and the text also does not otherwise suggest that the specific order of the six legal grounds would have any legally relevant effect.”

Uttalelsen fra Artikkel 29-gruppen trekker i retning av at det ikke gjelder noen prioriteringsrekkefølge mellom de angitte rettslige grunnlagene i direktivets artikkel 7.

Jeg legger vekt på ordlydsfortolkningen og uttalelsen fra Artikkel 29-gruppen. Min foreløpige konklusjon er at personverndirektivet artikkel 7 må forstås slik at det ikke gjelder noen prioriteringsrekkefølge mellom de angitte rettslige grunnlagene i bestemmelsen.

Spørsmålet er dermed hvilken betydning forståelsen av direktivets artikkel 7 har for en eventuell prioriteringsrekkefølge i personopplysningsloven § 8.

Jeg tar utgangspunkt i medlemsstatenes handlingsrom som gjelder etter direktivets artikkel 5 og fortalen til direktivet i punkt 9. Handlingsrommet innebærer at lovgiver i Norge står fritt til

⁹⁹ Se punkt 1.3.4.

å gi bedre vern av personverninteresser i den nasjonale lovgivningen, så lenge dette ikke støtter mot fri flyt av personopplysninger innenfor EU/EØS.¹⁰⁰ Spørsmålet er om Norge har benyttet seg av dette handlingsrommet ved utformingen av personopplysningsloven § 8.

Et argument mot at Norge har benyttet seg av handlingsrommet i personverndirektivet, følger av en antitetisk tolkning av proposisjonen til personopplysningloven. Departementet skriver i proposisjon at bestemmelsen om informasjonsplikt ved bruk av personprofiler ikke har noen uttrykkelig parallell i direktivet.¹⁰¹ Dette er det motsatt av hva departementet skriver i merknaden til personopplysningsloven § 8, hvor de presiserer at § 8 svarer til direktivets artikkel 7.¹⁰² Det kan ut fra dette se ut som lovgiver, i forarbeidene til personopplysningsloven, gir uttrykk for når handlingsrommet benyttes i den nasjonale lovgivningen, og motsatt, når lovgiver gir regler som skal forstås likt som bestemmelsene i direktivet. Tilsvarende eksempel finnes også i proposisjonen til personopplysningsloven i relasjon til § 7.¹⁰³

På denne bakgrunn trekker rettskildene i retning av at lovgiver i Norge ikke har benyttet seg av handlingsrommet direktivet åpner for ved utformingen av personopplysningsloven § 8. Personopplysningloven § 8 og personverndirektivets artikkel 7 gir dermed uttrykk for den samme forståelsen av en eventuell prioriteringsrekkefølge i personopplysningloven § 8.

Ved den endelige konklusjonen av hva lovgiver har ment om forståelsen av personopplysningloven § 8, legger jeg avgjørende vekt på ordlyden og oppbygningen av lovteksten, samt forståelsen av direktivets artikkel 7. Lovgiver forstår personopplysningsloven § 8 slik at den ikke bestemmer noen prioritetsrekkefølge mellom samtykke fra den registrerte og nødvendig grunner for behandling.

3.1.4 Hvilken forståelse av prioriteringsrekkefølge har andre?

Jeg skal nå undersøke om lovgivers forståelse av personopplysningsloven § 8 er fulgt opp av andre aktører som bruker bestemmelsen i praksis. Med andre aktører sikter jeg blant annet til dommere, jurister i forvaltningen og juridiske forfattere. Hensikten er å klargjøre om det eksisterer en felles oppfatning om forståelsen av personopplysningsloven § 8.

Som jeg påpekte i punkt 1.3.2 har Høyesterett ikke behandlet spørsmålet. Fra praksis i underinstansene finnes det tre relativt nye avgjørelser fra Borgarting lagmannsrett som vurderer om

¹⁰⁰ Jf. personverndirektivet artikkel 1 nr. 2.

¹⁰¹ Jf. personopplysningsloven § 21. Jf. Ot.prp.92 (1998-1999) side 121 og Innst. O nr. 51 (1999-2000) side 12. Komiteen endret lovteksten noe i sin merknad, men det har ingen betydning for poenget her.

¹⁰² Jf. Ot.prp.92 (1998-1999), side 108-109.

¹⁰³ Jf. Ot.prp.92 (1998-1999), side 107-108.

vilkårene i personopplysningsloven § 8 er oppfylt.¹⁰⁴ Ingen av de tre avgjørelsene tar imidlertid spesifikt stilling til spørsmålet om det gjelder noen prioriteringsrekkefølge mellom de angitte rettslige grunnlagene. Det kan likevel ha noe for seg å se nærmere på lagmannsretten sin behandling av personopplysningsloven § 8.

Ved vurdering av om vilkårene i personopplysningsloven § 8 er oppfylt, formulerer lagmannsretten seg på samme måte i LB-2014-35455 og LB-2014-48321. Retten uttaler følgende:

«Innsamling forutsetter videre at ett av vilkårene i personopplysningsloven § 8 er oppfylt. I denne saken foreligger det ikke samtykke. Spørsmålet er da om det var «nødvendig» å samle inn opplysningene for «å ivareta en berettiget interesse og at hensynet til den registrertes personvern ikke overstiger denne interessen», jf. § 8 bokstav f.»

Jeg mener det kan reises spørsmål ved årsaken til at lagmannsretten presiserer at samtykke ikke foreligger, før retten stiller spørsmål om vilkårene i personopplysningsloven § 8 f er oppfylt. En slik formulering trekker, etter min mening, i retning av at lagmannsretten tolker personopplysningsloven § 8 slik at samtykke fra den registrerte har prioritet som rettslig grunnlag. En motsatt forståelse av personopplysningsloven § 8 gjør det overflødig å presisere at det ikke foreligger samtykke. Hvorvidt lagmannsretten bevisst har formulert seg på denne måten, eller om retten ikke hadde til hensikt å uttale om eventuell prioriteringsrekkefølge i personopplysningsloven § 8, er vanskelig å avgjøre uten andre holdepunkter.

På dette grunnlaget er min konklusjon at jeg ikke kan si noe om hvilken forståelse Borgarting lagmannsrett har når det gjelder spørsmål om eventuell prioriteringsrekkefølge mellom samtykke fra den registrerte og nødvendighetsgrunnene i personopplysningsloven § 8.

Det neste spørsmålet er om Personvernemnda har en fast forståelse av om det gjelder noen prioriteringsrekkefølge mellom samtykke fra den registrerte og nødvendighetsgrunnene i personopplysningsloven § 8. Etter Nemndas praksis kan det se ut som de rettslige grunnlagene i personopplysningsloven anses som likestilte. I avgjørelsen PVN-2012-1 uttaler Nemnda blant annet følgende:

« (...)Nemnda skal bemerke at etter en naturlig språklig forståelse av lovteksten i personopplysningsloven § 8 fremstår de ulike behandlingsgrunnlagene (samtykke, lov eller nødvendig) som likeverdige.(...)»

¹⁰⁴ LB-2013-69127, LB-2014-35455 og LB-2014-48321.

I punkt 1.3.3 redegjorde jeg for at den rettskildemessig vekten av Personvernemndas praksis vil være avhengig av hvordan man vurderer Nemndas konkrete behandling av oppgavens problemstilling. Ettersom jeg skal undersøke dette i kapittel 4, velger jeg ikke å ta stilling til Nemndas endelige forståelsen av personopplysningsloven § 8 eller vekten av praksisen her.¹⁰⁵

Verken Sivilombudsmannen eller Lovavdelingen har avgitt tolkningsuttalelser om hvorvidt det gjelder noen prioriteringsrekkefølge mellom samtykke fra den registrerte og nødvendighetsgrunnene i personopplysningsloven § 8. Lovavdelingen ble i saken JDLOV-2004-4918 riktignok spurt om å avgi en tolkningsuttalelse om personopplysningsloven § 8 f, men på bakgrunn av den uavhengige stillingen tilsynsmyndighetene etter personopplysningsloven har,¹⁰⁶ avsto Lovavdeling fra dette.

På denne bakgrunn er min konklusjon at jeg heller ikke kan si noe sikkert om hvilken forståelse Sivilombudsmannen eller Lovavdelingen har når det gjelder spørsmålet om det eksisterer en prioriteringsrekkefølge mellom samtykke fra den registrerte og nødvendighetsgrunnene i personopplysningsloven § 8.

Det siste spørsmålet er hvorvidt det finnes en felles forståelse i juridisk teori for om det gjelder en prioriteringsrekkefølge mellom samtykke fra den registrerte og nødvendighetsgrunnene i personopplysningsloven § 8.

Jeg har tatt utgangspunkt teorien omtalt i punkt 1.3.6. Coll og Lenth mener at personopplysningsloven § 8 må forstås slik at den behandlingsansvarlige i størst mulig grad bør basere behandlingen på samtykke fra den registrerte.¹⁰⁷ Wiik Johansen, Kaspersen og Bergseng Skullerud slår videre fast at det er lovgivers intensjon at behandling av personopplysninger i størst mulig grad skal baseres på samtykke.¹⁰⁸

Ottesen og Blixrud uttaler at i personopplysningsloven fremstår de ulike rettslige grunnlagene som likestilte. Likevel har det dannet seg en oppfatning i praksis (Datatilsynet og Personvernemndas praksis) om at samtykke er hovedregelen. Forfatterne stiller imidlertid spørsmål om denne praksisen har utviklet seg i en for kategorisk retning. Særlig sett i sammenheng med at verken lovteksten eller forarbeidene faktisk uttrykker at samtykke er hovedregelen. Forfatter-

¹⁰⁵ Se punkt 1.4 for begrunnelse av oppgavens oppbygning.

¹⁰⁶ Jf. personopplysningsloven §§ 42(1) og 43(1).

¹⁰⁷ Jf. Coll og Lenth, Personopplysningsloven – en håndbok, 2000, side 42.

¹⁰⁸ Jf. Wiik Johansen, Kaspersen og Bergseng Skullerud i Personopplysningsloven Kommentartutgave, 2001, side 97-98.

ne konkluderer imidlertid ikke klart hva de selv mener er den riktige prioriteringsrekkefølgen.¹⁰⁹

Schartum og Bygrave skriver at de rettslige grunnlagene i personopplysningsloven § 8 er alternative rettslige grunnlag, men ut i fra PVN-2004-1 forstår forfatterne bestemmelsen slik at bruk av et nødvendighetsalternativ fremfor samtykke bare kan skje når dette er begrunnet.¹¹⁰

Blume fremhever at samtykke har blitt betraktet som det primære rettslige grunnlaget i norsk rett, men fremstår som kritisk til denne forståelsen.¹¹¹ Særlig viser han til at lovteksten i personopplysningsloven § 8 ikke omtaler samtykke som noen hovedregel. Han viser til at samtykke fra den registrerte i andre europeiske land ikke har den fremtredende posisjonen som grunnlaget har fått i Norge. I tillegg poengterer han at Personvernemnda selv i mange saker har kommet til at en nødvendig grunn kan anvendes i det konkrete tilfellet istedenfor samtykke fra den registrerte.

Den juridiske litteraturen er etter dette ikke entydig. Litteraturen er videre av eldre dato og det er, etter min oppfatning, usikkert i hvilken grad teoretikerne ville argumentert på samme måte i dag. Sett hen til dette, er min foreløpige konklusjon at jeg ikke kan slå fast at det gjelder en felles forståelse i juridisk teori om hva som er en riktig forståelse av prioriteringsrekkefølge og rettslig grunnlag etter personopplysningsloven § 8.

Jeg legger vekt på at Høyesterett ikke har behandlet spørsmålet om forståelsen av prioriteringsrekkefølge i personopplysningsloven § 8 overhodet, og andre aktører, som underinstansene, Sivilombudsmannen, Lovavdelingen og juridisk teori heller ikke har kommet opp med noen klare tolkningsuttalelser. Basert på dette er min konklusjon at det ikke kan slås fast at det eksisterer en felles oppfatning om forståelsen av personopplysningsloven § 8 hos disse.

3.1.5 Hvilken forståelse av prioriteringsrekkefølge kan anses å være riktig etter formålsbetraktninger og reelle hensyn?

Resultatet av mine undersøkelser har så langt vist at det ikke er tilstrekkelige holdepunkter for at det gjelder noe prioriteringsrekkefølge mellom samtykke fra den registrerte og nødvendighetsgrunnene i personopplysningsloven § 8. Det kan til tross for dette ikke være slik at den behandlingsansvarlig står fritt til å velge mellom de rettslige grunnlagene i bestemmelsen etter eget forgodtbefinnende. Det følger av personopplysningsloven § 1 at alle av lovens bestem-

¹⁰⁹ Jf. Ottesen og Blixrud, Personvern i Finanssektoren, 2010, side 85-88.

¹¹⁰ Jf. Schartum og Bygrave i Personvern i informasjonssamfunnet, 2.utg, 2011, side 166-167.

¹¹¹ Jf. Peter Blume, Vurdering af Personvernemndas praksis 2001-2008, 2009, side 13.

melser, herunder personopplysningsloven § 8, skal tolkes i lys av lovens formålsbestemmelse.¹¹²

Det sentrale spørsmålet for forståelsen av personopplysningsloven § 8 beror dermed på hvilket rettslig grunnlag som i størst mulig grad fremmer formålet med personopplysningsloven.

Jeg skal i det følgende kort gjøre rede for formålet med personopplysningsloven. Deretter skal jeg gi en oversikt over hvilke momenter som, etter min oppfatning, spiller inn i vurderingen av hvilket rettslig grunnlag som i størst mulig grad fremmer formålet med personopplysningsloven.

Personopplysningsloven § 1 bestemmer at loven skal bidra til at «*personopplysninger blir behandlet i samsvar med grunnleggende personvern hensyn, herunder behovet for personlig integritet, privatlivets fred (...)*» Alle lovens bestemmelser skal tolkes i lys av dette formålet.¹¹³

Den enkeltes personlig integritet vil i utgangspunktet bli ivaretatt gjennom prinsippet om selvbestemmelsesrett, herunder samtykke til behandling av egne personopplysninger. Bakgrunnen for dette er at det er den enkelte som selv vet best hvor grensene for egen integritet går. Samtykke vil på denne måten til enhver tid sørge for at integritetsgrensen blir satt på riktig sted for hvert individ. Noen mennesker har for eksempel ingen betenkeligheter med at andre behandler personopplysningene deres uansett formål og tidsaspekt, mens andre kan oppfatte det som krenkende at opplysninger om dem finnes på andres hånd. Dette taler for at formålet i personopplysningsloven § 1 innebærer at den riktige tolkning av personopplysningsloven § 8 er den som best ivaretar hensynet til prinsippet om selvbestemmelsesrett, altså samtykke fra den registrerte.

Spørsmålet er imidlertid om formålsbetraktninger alltid gir dette resultatet. Hva med situasjoner der samtykke fra den registrerte ikke har noen realitet? Eksempelvis hvor behandlingen av personopplysningene må finne sted uavhengig av hvor grensene for den personlige integriteten til den enkelte går. Som eksempel på dette skal jeg beskrive tre situasjoner hvor dette er tilfellet.

¹¹² Jf. Ot.prp.92 (1998-1999) side 101-102. Justiskomiteen har ikke kommentert dette i sin Innst. O. nr. 51 (1999-2000), men vedtatt departementets forslag uten presiseringer.

¹¹³ Jf. Ot.prp.92 (1998-1999) side 101-102. Justiskomiteen har ikke kommentert dette i sin Innst. O. nr. 51 (1999-2000), men vedtatt departementets forslag uten presiseringer.

Den første situasjonen er der hvor den registrertes vitale interesser er truet. Dette kan eksempelvis være hvis den registrerte skulle bli syk eller alvorlig skadet, slik at vedkommende mister bevisstheten og er ute av stand til å gi samtykke eller på annen måte ivareta sine egne interesser med tanke på medisinsk behandling. I en slik situasjon vil behandling av personopplysninger måtte skje uten tanke på hvor grensene for den enkeltes personlig integritet går. Se hjemmel for behandling i slike tilfeller i personopplysningsloven § 8 c.

Den andre situasjonen er hvor et offentlig forvaltningsorgan trenger enkelte personopplysninger for å ivareta offentlig pålagte samfunnsoppgaver. Dersom organet ber om samtykke fra den registrerte til å behandle personopplysninger, men ikke får dette, har spørsmålet om samtykke ikke noen realitet når forvaltningsorganet likevel innhenter personopplysningene for å gjennomføre de pålagte samfunnsoppgavene. I slike tilfeller vil hjemmel for behandling være personopplysningsloven § 8 e.

Det siste eksempelet er en tilstand som Bygrave i en artikkel fra 2000 kaller samtykketrøtthet.¹¹⁴ Bygrave beskriver tilstanden som «*en tilstand der kravet til å avgi samtykke dukker opp så ofte at folk rett og slett blir trette av kontinuerlig å måtte ta stilling.*» Denne trettheten blir, ifølge Bygrave, forsterket av den økende kompleksiteten i utnyttelse av personopplysninger. I sin ytterste konsekvens kan samtykketrettheten føre til en apati ovenfor selvbestemmelsesretten. Dette innebærer på sikt at formålet med ivaretagelse av vår personlige integritet i personopplysningsloven ikke realiseres overhodet.

Som disse eksemplene viser, finnes det situasjoner hvor formålsbetraktningene etter personopplysningsloven § 1 ikke får noen realitet hvis personopplysningsloven § 8 skal forstås slik at samtykke fra den registrerte har prioritet foran nødvendighetsalternativene. Poenget for den behandlingsansvarlige må være å kunne identifisere hvilke situasjoner hvor samtykke fra den registrerte ivaretar formålet i personopplysningsloven § 1, og hvilke andre situasjoner hvor det er andre nødvendighetsalternativer som sørger for dette.

Jeg vil i det følgende presentere en liste over ulike hensyn som etter min oppfatning bør spille inn i denne vurderingen.¹¹⁵ Hensikten er å ha et verktøy som kan bidra til å identifisere hvilke situasjoner som krever hvilket rettslig grunnlag ut i fra formålet i personopplysningsloven § 1. Hensynene er ment som hjelp for tanken for den behandlingsansvarlige, og ikke som en uttømmende liste for hvordan vurderingen skal gjøres.

¹¹⁴ Jf. Lee Bygrave, *Spor* (Kvartalsskrift utgitt av Datatilsynet), 2000, nr. 3, side 5–7.

¹¹⁵ Listen er i stor grad basert på hensyn som har blitt anført i Personvernemndas praksis.

Det første hensynet den behandlingsansvarlige bør vurdere, er i hvilken grad behandlingen griper inn i den enkeltes selvbestemmelsesrett. Dette grunnleggende prinsippet om å ha kontroll over egne opplysninger må stå sterkt.¹¹⁶ Det finnes likevel ulike momenter den behandlingsansvarlige kan vurdere, dersom det ikke er ønskelig eller det ikke er mulig å innhente samtykke fra den registrerte.¹¹⁷ For eksempel kan den behandlingsansvarlige sørge for at det er mulig og enkelt for den registrerte å nekte behandling, at det er mulig og enkelt for den registrerte å få innsyn i hvilke opplysninger som behandles om seg selv, og at opplysningene om den registrerte er godt sikret, både fysisk og teknisk.¹¹⁸ Disse tiltakene kan i stor grad bidra til å ivareta den personlige integriteten til den registrerte, til tross for at samtykke ikke utgjør det rettslige grunnlaget for behandling.

Dersom bakgrunnen for at den behandlingsansvarlige ikke ønsker å innhente samtykke er at det vil stride mot kommersielle interesser hos den behandlingsansvarlige, er det likevel tvilsomt om det er tilstrekkelig kompensasjon i tiltakene ovenfor. Dette kan utledes av proposisjonen fra departementet, som også Justiskomiteén sluttet seg til i sin Innst. O nr. 51 (1999-2000) side 17, om at kommersielle interesser er trukket frem som mindre vektige enn respekten for privatlivets fred.¹¹⁹

Et annet hensyn som ofte vil gjøre seg gjeldende, er knyttet til samfunnsnyttige forskningsprosjekter.¹²⁰ Det sentrale er at formålet med prosjektet er samfunnsnyttig, samt at det foreligger konkrete omstendigheter som taler for at behovet for å gjennomføre forskningsprosjektet er sterkere enn den enkeltes samtykke til behandling. Omstendigheter som kan tale for at behovet for behandling er sterkere enn den enkeltst personvern, kan for eksempel være der det er tale om å undersøke et unikt forskningsmateriale, forskningsprosjektet har fått positive uttalelser fra andre organisasjoner,¹²¹ eller at prosjektet baserer seg på en vitenskapelig metode som forringes ved lav deltakelse.

¹¹⁶ Grunnloven § 102, personverndirektivet artikkel 1 nr. 1 og personopplysningsloven § 1 (2) er rettslig reguleringer som illustrerer at prinsippet om å ha kontroll over egne personopplysninger er et sterkt og grunnleggende prinsipp i norsk personopplysningsrett.

¹¹⁷ Jf. situasjonen i det første eksemplet i punkt 3.1.2.

¹¹⁸ Teknisk sikring kan for eksempel innebære at fåtall av personer har tilgang til opplysningene, eller at opplysningene oppbevares pseudonymisert og nøkler til identifikasjon ligger hos en annen enn den behandlingsansvarlige.

¹¹⁹ Jf. Ot.prp.92 (1998-1999), side 108-109 og Innst. O nr. 51 (1999-2000), side 17.

¹²⁰ Et poeng ved dette hensynet er at det ofte er tale om behandling av sensitive personopplysninger, slik at også personopplysningsloven § 9 vil sette krav for om behandlingen er lovlig.

¹²¹ For eksempel REK eller NSD. REK står for Regionale komiteer for medisinsk og helsefaglig forskningsetikk. NSD står for Norsk Samfunnsvitenskapelig Datatjeneste.

Resultatet av samfunnsnyttige forskningsprosjekter kan også ivareta andre viktige interesser for de registrerte. For eksempel kan behandlingen av opplysningene føre til konkrete helseforebyggende tiltak for deltagerne i studien, eller fremme arbeidsmiljø dersom det er en studie av arbeidsmiljøet som er foretatt. Hensynet til å fremme andre viktige interesser enn personverninteresser kan også være viktig for å ivareta den enkeltes personlig integritet.

Et annet hensyn som taler for at samtykke i størst grad ivaretar den registrertes personlige integritet, er der det er aktuelt å behandle spesielt belastende personopplysninger,¹²² for eksempel opplysninger om siktede og dømte i alvorlige kriminalsaker.¹²³ I disse tilfellene er det sannsynlig at de registrerte etter en tid har lagt hendelsene bak seg, slik at det må ligge innenfor den enkeltes selvbestemmelsesrett om denne ønsker at opplysningene skal behandles.

Et siste hensyn som kan nevnes er der personopplysninger blir ansett som bevis for å avklare en kvalifisert mistanke om svik. Et eksempel kan blant annet være der det er konkret mistanke om at det er gitt uriktige opplysninger om egen funksjonsevne ovenfor et forsikringsselskap. I et slikt tilfelle er det nærliggende å anta at personopplysningene vil bli behandlet uavhengig av om den registrerte samtykker eller ikke.¹²⁴ Å gi samtykke prioritet som rettslig grunnlag i en slik situasjon, vil dermed ikke ha noen realitet, og på den måten ikke bidra til å fremme formålet i personopplysningsloven § 1.

Hensikten med denne oppgaven har vært å finne ut om det gjelder noen prioriteringsrekkefølge mellom samtykke fra den registrerte og nødvendighetsgrunnene i personopplysningsloven § 8. Etter min oppfatning kan det ikke oppstilles noen fast prioriteringsrekkefølge mellom disse rettslige grunnlagene i personopplysningsloven § 8 etter gjeldende rett. Den riktige prioriteringsrekkefølgen vil til enhver tid være avhengig av hvilket rettslig grunnlag som i størst mulig grad fremmer formålet med personopplysningsloven. Hvilket rettslig grunnlag dette er, vil bero på hvilke reelle hensyn som gjør seg gjeldende ved den konkrete behandlingen av personopplysninger.

¹²² Et poeng også ved dette hensynet er at det ofte er tale om behandling av sensitive personopplysninger, slik at også personopplysningsloven § 9 vil sette krav for om behandlingen er lovlig.

¹²³ Jf. for eksempel Rt. 1952 side 1217 «To mistenkelige personer».

¹²⁴ Jf. for eksempel LB-2014-35455 og LB-2014-48321.

4 Personvernnemndas behandling av rettslig grunnlag

4.1 Metode

Det begrensede rettskildebildet som beskrevet i oppgavens punkt 1.3, kan potensielt medføre at Personvernnemndas praksis får større vekt enn hva forvaltningspraksis generelt tillegges ved løsning av rettsspørsmål i norsk rett. På bakgrunn av konklusjonen i punkt 1.3.3,¹²⁵ ønsker jeg derfor å foreta en konkret undersøkelse av Nemndas praksis og rettskildebruk som en del av denne avhandlingen.

I det følgende skal jeg beskrive fremgangsmåten jeg har brukt for å finne frem til den relevante praksisen fra Nemnda. I punkt 4.2 og 4.3 skal jeg behandle noen ulike problemstillinger jeg mener er egnet til å belyse Personvernnemndas vurderinger. Til slutt vil jeg oppsummere funnene jeg har gjort.

For å identifisere Nemndas praksis om prioriteringsspørsmålet, startet jeg med å plukke ut avgjørelsene hvor personopplysningsloven § 8 var nevnt i sammendraget på Personvernnemndas egen nettside. Det resulterte i et utvalg på 29 saker. Etter å ha trukket ut avgjørelsene som konkret behandlet relasjonsspørsmål mellom de ulike rettslige grunnlagene, satt jeg igjen med 12 saker fra Nemndas praksis fra 2001 til 2014.

For i å gi en oversikt over sakene jeg har basert drøftelsene på i punkt 4.2 og 4.3, har jeg systematisert Nemndas praksis i tre ulike faser:

Den første fasen strekker seg fra Nemndas oppstart i 2001 og fram til 2004. I denne perioden tok ikke Nemnda stilling til spørsmålet om prioritet og rettslig grunnlag etter personopplysningsloven § 8 i det hele tatt.

Den andre fasen regner jeg fra avgjørelsen i PVN 2004-1 fram til 2012. I PVN-2004-1 tar Nemnda for første gang stilling prioriteringsspørsmålet. Drøftelsen i denne avgjørelsen er sentral, fordi den viser hvordan Personvernnemnda resonnerte ved vurderingen av om det gjelder noen prioriteringsrekkefølge mellom samtykke fra den registrerte og nødvendighetsgrunnene i personopplysningsloven § 8.

PVN-2004-1 handlet om en klage på Datatilsynets vedtak fra Statens arbeidsmiljøinstitutt (STAMI). Hovedspørsmålet var om det måtte kreves informert samtykke fra de registrerte for

¹²⁵ Konklusjonen i punk 1.3.3 gikk ut på at den rettskildemessig vekten av Personvernnemndas praksis beror på en nærmere vurdering av Nemndas behandling av oppgavens problemstilling.

å tillate en studie, eller om studiet kunne basere seg på et av nødvendighetsalternativene, jf. personopplysningsloven § 11(1) jf. § 8 d og § 9(1) h.

I sitt resonnement viste Personvernemnda først til personopplysningsloven § 8 og uttalte at de rettslige grunnlagene nærmest var likestilte i lovteksten. Deretter viste Nemnda til proposisjonen fra departementet og uttalte at denne fremhevet samtykke fra den registrerte som det foretrukne rettslige grunnlaget, jf. formuleringen «*Behandling av personopplysninger bør i størst mulig utstrekning baseres på samtykke fra den registrerte (...)*» Denne oppfatningen ble ansett styrket av helseregisterloven § 5 1.-3.ledd, som også fremhevet samtykke som et primært rettslig grunnlag. Nemnda slo etter dette fast at samtykke fra den registrerte måtte forstås som hovedregelen for behandling av personopplysninger. Dersom en skulle avvike fra hovedregelen, og isteden bygge på en av nødvendighetsbegrunnelsene i personopplysningsloven § 8, mente Nemnda at det måtte foreligge en konkret begrunnelse. Denne oppfatningen underbygget Nemnda ytterligere ved å vise til at samtykke i personopplysningsloven måtte ses i sammenheng at den grunnleggende ideen om enkeltes selvbestemmelsesrett. Ivaretagelsen av retten til å bestemme over egne personopplysninger fulgte, etter Nemndas oppfatning, også av personverndirektivet.

Til tross for denne stadfestelsen av samtykke som hovedregel for behandling av personopplysninger, fant Nemnda at det i PVN-2004-1 forelå en tilstrekkelig begrunnelse til å hjemle behandlingen i personopplysningsloven § 11(1) jf. § 8 d og § 9(1) h. De avgjørende hensynene som talte for at behandlingen kunne hjemles i nødvendighetsgrunnen i § 8 bokstav d, var blant annet at prosjektet baserte seg på en vitenskapelig metode som ville bli forringet ved lav deltakelse, prosjektet var anbefalt gjennomført av REK, og resultatet av studien ville fremme andre interesser hos de registrerte.

I perioden fra PVN-2004-1 og fram til 2012 har Nemnda behandlet ytterligere sju relevante saker har berørt prioriteringsspørsmålet. I alle disse sakene viser Nemnda til resonnementet i PVN-2004-1.

Den siste fasen av Nemndas praksis regner jeg fra avsigelsen av PVN-2012-1 og ut 2014. I PVN-2012-1 skjedde det et tilsynelatende skifte i Nemndas praksis.

PVN-2012-1 gjaldt en klage på Datatilsynets vedtak om avslag på konsesjonssøknad. Hovedspørsmålet var om det forelå behandlingsgrunnlag for en rettsmedisinsk studentoppgave. Nemnda uttalte først at de ulike behandlingsgrunnlagene (samtykke, lov eller nødvendig grunn) fremsto som likeverdige i personopplysningsloven § 8. Deretter uttalte Nemnda at det i proposisjonen fra departementet var fremhevet at den behandlingsansvarlige «*bør*» forsøke å innhente samtykke, men at Nemnda ikke kunne se at det dermed forelå en hovedregel om

samtykke. Nemnda påpekte at samtykke i de fleste saker likevel ville være det mest aktuelle behandlingsgrunnlag. Grunnen til dette var imidlertid ikke fordi samtykke utgjorde en hovedregel ved behandling av personopplysninger, men fordi de øvrige nødvendighetsalternativene hadde et snevrere anvendelsesområde. Personvernemnda slo deretter fast at de rettslige grunnlagene i personopplysningsloven § 8 rettslig sett måtte behandles som likestilte.

Deretter viste Personvernemnda til personverndirektivet artikkel 7, samt til en artikkel av Blume, hvor det ble rettet kritikk mot Personvernemnda for å ha lagt for stor vekt på samtykke som behandlingsgrunnlag siden avgjørelsen i PVN-2004-1.¹²⁶ Nemndas henvisning til disse kildene bærer imidlertid preg av å være støtteargumenter, ettersom de presenteres etter Nemndas konklusjon.

I PVN-2012-1 fant Nemnda at det forelå rettslig grunnlag for behandling i personopplysningsloven § 8 bokstav f, jf. personopplysningsloven § 9 bokstav h. Hensynene som begrunnet interesseovervekten etter bokstav f, var blant annet hensynet til at prosjektet fremmet et samfunnsnyttig formål, hensynet til at prosjektet var anbefalt gjennomført av REK, og hensynet til at behandlingen rent faktisk ikke medførte store personvernulempen for de registrerte.

I tidsperioden etter PVN-2012-1 har Nemnda avsagt ytterligere tre saker som gjelder rettslig grunnlag og personopplysningsloven § 8. Nemnda vurderer spørsmålet om prioriteringsrekkefølge i disse sakene uten at samtykke fra den registrerte omtales som hovedregel og nødvendighetsalternativene som unntak.

Som denne gjennomgangen illustrerer, er Nemndas resonnement i PVN-2004-1 og PVN-2012-1 svært forskjellig. Særlig er tydelig er forskjellene ved forståelsen av departementets uttalelser i proposisjonen og personverndirektivet. Dette vil jeg komme tilbake til punkt 4.3.2.2.

4.2 Generelle observasjoner ved Nemndas praksis

4.2.1 Innledning

I det følgende skal jeg beskrive noen generelle observasjoner ved Nemndas praksis. Hensikten er å illustrere hvordan Personvernemnda har behandlet spørsmål om prioritet og rettslig grunnlag etter personopplysningsloven § 8.

¹²⁶ Jf. Peter Blume, Vurdering af Personvernemndas praksis 2001-2008, 2009, side 13.

4.2.2 Hvilke materielle resultater kommer Nemnda til?

I fem av de tolv relevante sakene konkluderte Nemnda med at det må innhentes samtykke fra de registrerte for at behandlingen skal være lovlig. I seks av sakene kom Nemnda til motsatt resultat, og slo fast at den aktuelle behandlingen kunne hjemles i en nødvendighetsgrunn etter personopplysningsloven § 8 a-f. I den relevante praksisen hjemles tre av behandlingene i bokstav d og tre behandlinger hjemles i bokstav f.

I én av de tolv relevante sakene konkluderte Nemnda delvis med at samtykke fra de registrerte hjemlet behandling og delvis med at et av nødvendighetsalternativene ga hjemmel.¹²⁷

4.2.3 Enstemmighet eller dissens

I tre av de tolv relevante sakene har ett eller flere medlemmer i Nemnda dissentert.¹²⁸ I tråd med personopplysningsloven § 43, jf. personopplysningsforskriften § 10-1 siste ledd fremgår mindretallets standpunkt av avgjørelsene.

Etter min oppfatning er det positivt at dissensene fremgår av Nemndas avgjørelser. Dette illustrer at rettsspørsmål innen personopplysningsretten i mange tilfeller beror på skjønnsmessige vurderinger som kan gi ulikt resultat. En lav grad av uenighet innad i Nemnda bidrar likevel til at praksisen får økt argumentasjonsverdi utad.

4.2.4 Hvor prinsipielle er avgjørelsene?

I ni av de tolv relevante sakene er avveiningene skjedd helt konkret på grunnlag av faktiske omstendigheter og særlige hensyn som gjør seg gjeldende i den enkelte sak.¹²⁹ I PVN-2004-4 understreker Nemnda i siste avsnitt i punkt 6.4 eksempelvis at:

«...at avveiningen er skjedd helt konkret på grunnlag av de faktiske omstendigheter og særlige hensyn som fremkommer i denne saken.»

Dette tyder på at Nemndas avgjørelser i liten grad kan bidra til generell veiledning i senere saker.

Til tross for at Nemnda vurderer spørsmål om rettslig grunnlag svært konkret, kan det likevel se ut som Nemnda argumenterer mer prinsipielt i møte med en spesiell type anførsel. Eksempelvis der den behandlingsansvarlig påberoper seg en kommersiell interesse og anfører at

¹²⁷ Se PVN-2004-2.

¹²⁸ Se PVN-2005-9, PVN-2007-7 og PVN-2013-20.

¹²⁹ De ni sakene er PVN-2004-1, PVN-2004-2, PVN-2004-3, PVN-2004-4, PVN-2005-8, PVN-2005-9, PVN-2012-1, PVN-2013-20 og PVN-2014-11.

denne er mer tungtveiende enn hensynet til privatlivets fred etter personopplysningsloven § 8 f.¹³⁰ Etter det jeg har sett, argumenterer Personvernemnda i disse tilfelle prinsipielt ut i fra anvisningen som gis i proposisjonen til personopplysningsloven, altså at hensynet til privatlivets fred generelt må tillegges betydelig vekt i avveiningen mot kommersielle interesser.¹³¹

I det store flertallet av saker er det imidlertid tydelig at Nemndas avveininger er skjedd helt konkret på grunnlag av faktiske omstendigheter og særlige hensyn som gjør seg gjeldene i den enkelte sak. Min oppfatning er derfor at Nemndas avgjørelser i liten grad er prinsipielt begrunnet.

4.3 Personvernemndas rettskildebruk

4.3.1 Innledning

I det følgende skal jeg beskrive hvilke rettskilder Personvernemnda bruker for å avgjøre spørsmål om prioritet og rettslig grunnlag etter personopplysningsloven § 8. Deretter skal jeg belyse enkelte omstendigheter ved Nemndas rettskildebruk jeg har funnet interessant. Til slutt skal jeg gjøre rede for hvilke reelle hensyn Nemnda anfører i sin praksis.

4.3.2 Hvilke rettskilder bruker Personvernemnda?

Ved behandling av prioriteringsspørsmålet bruker Personvernemnda rettskildene lovtekst, proposisjonen til personopplysningsloven, personverndirektivet, Nemndas egen praksis, rettspraksis fra Høyesterett og lagmannsretten,¹³² juridisk teori¹³³ og reelle hensyn. Nemnda viser ikke til uttalelser fra Artikkel 29-gruppen, uten at jeg har noen holdepunkter for hva som er grunnen til dette.

4.3.2.1 Egen praksis som rettskilde

Den første omstendigheten ved Nemndas rettskildebruk jeg vil trekke frem er Nemndas bruk av egen praksis som rettskilde.

Rettskildeprinsippene gir grunnlag for at rettsanvendere kan holde fast ved sin praksis i saker som ofte kommer opp.¹³⁴ Dette er en naturlig følge av at mennesker ikke så lett skifter standpunkt og at det er en egenverdi i å opptre konsekvent. I tillegg er det arbeidsbesparende å hol-

¹³⁰ Se for eksempel PVN-2004-3 i punkt 6.4 eller PVN-2007-7 i punkt 6.3.

¹³¹ Jf. Ot.prp.92 (1998-1999), side 108-109 og Innst. O. nr. 51 (1999-2000) side 17.

¹³² Jf. PVN-2005-9 og PVN-2014-11.

¹³³ Jf. for eksempel henvisningen til Blume i PVN 2012-1 og henvisningen Personopplysningsloven Kommentartutgave av Wiik Johansen, Kaspersen og Bergseng Skullerud fra 2001 i PVN 2004-4.

¹³⁴ Jf. Eckhoff og Helgesen, Rettskildelære, 5.utg, 2000, side 155-191.

de fast ved et standpunkt som en gang ble vurdert, i stedet for å gå igjennom spørsmålet på nytt hver gang det dukker opp.

I tråd med disse rettskildeprinsippene og momentene ovenfor har Nemnda i stor utstrekning vist til standpunktet som ble tatt i PVN-2004-1 i senere saker, slik at det dannet seg en fast forvaltningspraksis i relasjon til prioriteringsspørsmålet fram til 2012. I PVN 2012-1 inntar Nemnda tilsynelatende et nytt standpunkt til forståelsen av personopplysningsloven § 8 enn den har hatt de siste åtte årene. Som nevnt i punkt 1.3.3 er ikke oppfatninger i forvaltningspraksis bindende for dommere i norske domstoler. Spørsmålet er imidlertid i hvilken grad Personvernemnda selv er bundet av sin egen praksis.

Som beskrivelsen av Nemnda i punkt 1.3.3 viser, er Personvernemnda organisert og bemannet i den hensikt å fungere som et domstolslignende organ for løsning av personvernspørsmål. Nemnda er ikke en alminnelig domstol etter domstolloven § 1, men et forvaltningsorgan innenfor personopplysningsfeltet med liknende oppgaver som en alminnelig domstol. På denne bakgrunn velger jeg å se på spørsmålet om Personvernemnda kan fravike sin egen praksis, på samme måte som når det er aktuelt for alminnelig domstoler å fravike sin praksis.

Det finnes flere argumenter som taler for at domstoler bør ha adgang til å fravike tidligere avgjørelser. Dette kan for eksempel være tilfelle dersom viktige momenter ble oversett i den første saken, medlemmene i domstolen har ett annet syn enn de forrige medlemmene, det er skjedd forandringer i samfunnsforholdene, eller at en fastholdelse av tidligere praksis vil lede til et urimelig resultat i den nye saken.

I Høyesterettspraksis finnes det eksempler på at retten har brutt med tidligere praksis.¹³⁵ Det hører likevel til sjeldenhetene, og Høyesterett begrunner i slike tilfeller i stor grad fravikelse.¹³⁶ Videre har Høyesterett anledning til å fravike sine tidligere avgjørelser ved å behandle tilsvarende spørsmål i en annen sammensetning av retten.¹³⁷

Etter min oppfatning trekker disse momentene i retning av at også Personvernemnda kan justere sin egen praksis. Det kan til og med være rom for å hevde at Personvernemnda har et ekstra behov for en dynamisk rettsanvendelse innenfor personopplysningsrettens område, fordi dette feltet i stor grad er preget av teknologisk utvikling. Dersom Nemnda søker å fungere som et domstolslignende organ, vil det likevel være en fordel om Nemnda i størst mulig grad følger de samme retningslinjene for justering av egen praksis som det Høyesterett gjør.

¹³⁵ Jf. Eckhoff og Helgesen, Rettskildelære, 5.utg, 2000, side 177-178.

¹³⁶ Jf. for eksempel Rt. 1958 side 896.

¹³⁷ For eksempel Høyesterett i Storkammer eller Plenum.

Det er riktignok slik at Nemnda ikke har en tilsvarende mulighet for å justere tidligere avgjørelser ved å organisere seg i en «trinnhøyere» sammensetning. Det kan likevel tenkes at Nemnda kan avhjelpe dette ved å begrunne eller forklare hvorfor Nemnda eventuelt foretar den aktuelle praksisendringen.

I PVN-2012-1 kan det imidlertid se ut som Nemnda justerte rettsanvendelsen i sin praksis uten å vedkjenne seg justeringen, eller i noen grad beskrive hvordan disse nye uttalelsene burde forstås sammenlignet med hvordan Nemnda tidligere hadde vurdert prioriteringsspørsmålet i PVN-2004-1. Etter min mening hadde Nemnda i PVN-2012-1 tjent på å gå nærmere inn i en begrunnelse av hvordan den nye uttalelsen burde forstås, holdt opp mot hvordan Nemnda tidligere har vurdert prioriteringsspørsmålet. Bakgrunnen for dette er at det er vanskelig å si sikkert om Personvernnemnda har fraveket sin tidligere forståelse av prioriteringsspørsmålet i personopplysningsloven § 8, eller om det kun har funnet sted en mindre justering av terminologien.¹³⁸

4.3.2.2 Slutninger etter proposisjonen og personverndirektivet

Den andre omstendigheten ved Nemndas rettskildebruk jeg vil trekke frem er at Nemnda tilsynelatende har sluttet ulikt om innholdet proposisjonen og personverndirektivet.

I PVN-2004-1 og PVN 2012-1 bruker Nemnda proposisjonen til personopplysningsloven og personverndirektivet aktivt for å fastlegge hvilken rettsregel som gjelder for prioritet og rettslig grunnlag etter personopplysningsloven § 8. Nemnda kommer imidlertid til ulike slutninger med tanke på hvilken retning proposisjonen og personverndirektivet trekker ved tolkning av lovteksten.

I PVN 2004-1 forstår Nemnda proposisjonen og direktivet slik at disse gir grunnlag for at samtykke er en hovedregel når personopplysninger skal behandles etter personopplysningsloven § 8. I PVN-2012-1 forstår Nemnda proposisjonen og direktivet slik at disse gir grunnlag for at det *ikke* gjelder noen prioritet mellom de ulike rettslige grunnlagene etter personopplysningsloven § 8. Det kan reises spørsmål om hva som er årsaken til at Nemnda slutter ulikt, når Nemnda anvender de samme rettskildeprinsippene ved begge anledninger.

Det kan være flere grunner til at Nemda har kommet til ulike slutninger i de to sakene.

For det første er språk i seg selv upresist. På den måten kan den språklige mening ordene gir kan være like god enten en formulering tolkes på den ene eller andre måten. Slik jeg ser det,

¹³⁸ Se punkt 4.3.3 for nærmere behandling av dette.

er dette en situasjon som kan ha oppstått ved slutningen om proposisjonen i PVN-2004-1 og PVN 2012-1.¹³⁹

En annen grunn kan være at Nemnda i PVN-2004-1 trekker inn helseregisterloven § 5 1.-3.ledd om samtykke, for å styrke den aktuelle ordlydsfortolkningen i proposisjonen. En slik systeminnrettet tolkning brukes ikke i PVN-2012-1.

En tredje grunn for at Nemnda har kommet til ulike slutninger, kan være at Nemnda har hatt ulike deler av personverndirektivet i fokus ved slutningsprosessen. I PVN-2004-1 viser Nemnda til et grunnleggende syn på personvern som kommer til uttrykk i hele personverndirektivet. I PVN-2012-1 viser Nemnda konkret til direktivets artikkel 7. Etter min oppfatning er det ingen holdepunkter for å påstå at den ene eller andre måten å vise til personverndirektivet er feil. Både hele direktivet og artikkel 7 konkret, er implementert i norsk rett ved personopplysningsloven, og kan brukes som tolkningsmoment. Det er imidlertid vanskelig å utlede mer vedrørende Nemndas bruk av personverndirektivet i de to aktuelle sakene, fordi omtalen er svært knapp.

En siste grunn til at Nemnda har kommet til ulike slutninger, kan være at Nemnda i de to sakene ikke har samme medlemssammensetning. I utgangspunktet skal ikke slutning om innholdet i rettskildefaktorer endre seg med hvem som foretar vurderingene. Det vil undergrave oppfatninger om likhet for loven og forutberegnelighet. På den annen side er det alltid en risiko for at resultatet kan forandre seg ut i fra hvem som foretar vurderinger som er konkrete og skjønnspregede.

Etter min oppfatning illustrerer de skisserte grunnene at det er mulig å slutte ulikt ved vurdering av de nevnte rettskildene i rettsanvendelsesprosessen. Til tross for dette, fremstår resultatet likevel som noe uheldig, da det bidrar til usikkerhet og lavere forutberegnelighet for hva som faktisk er den riktige slutningen av rettskildene i relasjon til personopplysningsloven § 8.

4.3.2.3 Oversikt over anførte reelle hensyn

For å illustrere hvilke reelle hensyn som anføres i Nemndas praksis har jeg valgt å plassere hensynene jeg har identifisert inn i en tabell A. På venstre side i tabellen har jeg beskrevet hensynene slik jeg har forstått dem. På høyre side av tabellen har jeg gitt hensynet et nummer.

¹³⁹ Jf. PVN-2004-1 hvor ordet «bør» leses som at behandling av personopplysninger som hovedregel skal baseres på samtykke. I PVN-2012-1 derimot forstås «bør» som en hensiktsmessighetsbetraktning, ingen rettslig normering. «Bør» er ikke det samme som at samtykke er hovedregelen. Slik jeg ser det gir begge disse forståelsene isolerts sett språklig mening.

Nummeret skal jeg bruke nedenfor i tabell B, for å illustrere hvilke hensyn Nemnda anfører i den enkelte sak.

Tabell A:

Reelle hensyn som Personvernemnda legger vekt på	Nummerering av hensynet
Hensynet til selvbestemmelsesretten, herunder at den enkelte skal ha mulighet til å kontrollere bruken av opplysninger om seg selv.	1
Hensynet til at det ikke foreligger tilstrekkelig sikkerhetstiltak ved behandlingen. Med sikkerhetstiltak siktes det til fysisk og teknisk sikring, begrenset behandlingstid og arten av opplysningene som ønskes behandlet.	2
Hensynet til at den behandlingsansvarlig ikke har overholdt tidligere pålagte konsesjonsvilkår, eller vært unøyaktig i tidligere konsesjonssøknaden, slik at det for eksempel har ført til at opplysninger har blitt behandlet over lengre tid enn det som var tillatt fra tilsynsmyndighetene.	3
Hensynet til at den registrerte kan nekte behandling av personopplysningene.	4
Hensynet til å gjennomføre samfunnsnyttige forskningsprosjekter.	5
Hensynet til den vitenskapelige metoden ved et samfunnsnyttig forskningsprosjekt forringes ved lav deltakelse/fravær av samtykke fra den/de registrerte.	6
Hensynet til at et samfunnsnyttig forskningsprosjekt fremmer andre interesser for den registrerte, for eksempel at forskningsprosjektets kan virke helsefremmende eller forebygge kriminalitet.	7
Hensynet til at et samfunnsnyttig forskningsprosjekt er positivt mottatt av andre fagorganisasjoner som for eksempel REK eller NSD.	8
Hensynet til at personopplysningene vil bli godt sikret, slik at det antas at behandlingen av personopplysninger vil medføre en liten personvernulempe for den/de registrerte.	9
Hensynet til at opplysningene utgjør unikt forskningsmateriale, for eksempel kan personopplysninger fra Alexander Kielland-ulykken utgjøre slikt materiale eller personopplysninger i forbindelse med 22.juli-saken.	10
Hensyn til at taushetsplikten vil bli overholdt i forbindelse med behandling av opplysningene.	11
Hensyn til å oppklare kvalifisert/konkret mistanke om svik, for eksempel mistanke om svik ovenfor forsikringsselskaper.	12
Hensynet til at det foreligger en spesiell sikkerhet eller trusselsituasjon for eksempel ved terrorfare eller annen kriminell adferd.	13
Hensynet i å ivareta kommersielle interesser hos en virksomhet.	14

Det reelle hensynet som Nemnda bruker som argument for at samtykke fra den registrerte må anses for å ha prioritet som rettslig grunnlag, er hensynet til selvbestemmelsesretten (hensyn nummer 1). Andre hensyn som også trekker i samme retning er hensynet til at det ikke foreligger tilstrekkelig sikkerhetstiltak ved behandlingen (hensyn nummer 2) og hensynet til at den behandlingsansvarlig ikke har overholdt tidligere pålagte konsesjonsvilkår (hensyn nummer 3). Nemnda bruker hensyn nummer 4-14 som argument for at en nødvendighetsgrunn har prioritet som rettslig grunnlag.

For å gi en oversikt over hvilke hensyn Nemnda anfører i den enkelte sak, har jeg systematisert praksisen og hensynene i en egen tabell B. På venstre side i tabellen har jeg angitt sakens navn. På høyre side i tabellen fremkommer de hensynene ved nummeret de fikk i tabell A.

Tabell B:

Sak fra Personvernemndas praksis	Hensyn som anføres i Personvernemndas merknader
PVN-2004-1	1, 4, 5, 6, 7
PVN-2004-2	1, 9
PVN-2004-3	1, 4, 14
PVN-2004-4	1, 5, 8, 10
PVN-2005-8	1, 3, 5, 6
PVN-2005-9	1, 2, 13
PVN-2005-10	1, 14
PVN-2007-7	1, 14
PVN-2012-1	1, 5, 7, 8, 9, 11
PVN-2013-17	1, 3
PVN-2013-20	1, 9, 13
PVN-2014-11	1, 12

Som tabell B illustrerer, utgjør hensynet til den registrertes selvbestemmelsesrett (hensyn nummer 1) en omstendighet som Nemnda tar i betraktning i alle de relevante sakene. Dette er i tråd med ideen om den enkeltes verdighet og selvbestemmelsesrett.¹⁴⁰

Et hensyn som imidlertid veies tungt mot hensyn nummer 1, er hensynet til å gjennomføre samfunnsnyttige forskningsprosjekter (hensyn nummer 5). En forklaring på at Nemnda i flere saker anfører og veier dette hensynet tyngre enn hensynet til den enkeltes personlig integritet, kan være fordi vitenskapelig virksomhet trekkes frem i proposisjonen til departementet som et konkret eksempel på en oppgave som er nødvendig for å ivareta en allmenn interesse.¹⁴¹ I

¹⁴⁰ Jf. personverndirektivet artikkel 1, Grunnloven § 102 og formålsbestemmelsen i personopplysningloven § 1.

¹⁴¹ Jf. Ot.prp.92 (1998-1999), side 108-109 og Innst. O. nr. 51 (1999-2000) side 17.

tillegg tar Nemnda gjerne også stilling til hensyn nummer 6, 7, 8, 9 og 10 når den vurderer hensynet i å gjennomføre et samfunnsnyttig forskningsprosjekt.

Det faktum at Personvernnemnda i sine vurderinger ofte blir nødt til å foreta en avveining av personvernet til den enkelte opp mot andre mer kollektive samfunnsinteresser, illustrerer etter min mening hvilken betydningsfull og krevende oppgave Nemnda ofte står ovenfor i sin saksbehandling.

4.3.3 Er Personvernnemndas argumentasjonen konsekvent?

Som nevnt, holdt Nemnda seg etter PVN-2004-1, til en fast argumentasjon vedrørende prioritet og rettslig grunnlag etter personopplysningsloven § 8. Denne oppfatningen tok Personvernnemnda tilsynelatende avstand fra i PVN-2012-1. Det er særlig forståelsen av samtykke fra den registrerte som «hovedregel» og nødvendighetsalternativene som «unntak» som tydelig er ulikt i Personvernnemndas praksis i PVN-2012-1, og i praksisen etter dette. Denne observasjonen taler for at argumentasjonen ikke er konsekvent.

På den annen side er det stor grad av likhet i Personvernnemndas bruk av reelle hensyn ved vurdering av spørsmål om prioriteringsrekkefølge. Et eksempel på dette er vektlegging av hensynet til at den behandlingsansvarlig skal rette seg etter vilkår eller pålegg som tidligere er gitt i konsesjonsvilkår fra Datatilsynet (hensyn nummer 3). Det samme er tilfellet ved hensynet til at behandlingen av personopplysninger fremmer andre viktig interesser for den registrerte (hensyn nummer 7), og ved hensynet til at det vitenskapelige formålet med et forskningsprosjekt er positivt mottatt og ønskes gjennomført av ulike fagorganisasjoner (hensyn nummer 8).

Det faktum at Personvernnemnda benytter de samme reelle hensynene til å avgjøre hvilket rettslig grunnlag som prioriteres i den konkrete sak, kan reise spørsmål om det har skjedd noen egentlig endring i PVN-2012-1 vedrørende argumentasjon ved prioriteringsspørsmålet, som ble dannet i PVN-2004-1 og fulgt opp i praksis etter dette fra 2004-2012. Etter min oppfatning forstår jeg det slik at Nemnda etter PVN-2012-1 fortsatt ser på samtykke fra den registrerte som det mest aktuelle rettslig grunnlaget i de fleste saker, fordi vilkårene i nødvendighetsalternativene har et snevrere anvendelsesområde enn samtykke.

På nåværende tidspunkt foreligger det imidlertid begrenset med praksis etter PVN-2012 til at jeg kan si noe sikkert om dette. Dersom det viser seg at Personvernnemnda i fremtiden forsetter å vektlegge de samme hensynene i sine vurderinger av prioriteringsrekkefølge og rettslig grunnlag etter personopplysningsloven § 8, taler dette, etter min mening, for at argumentasjonen og forståelsen av personopplysningsloven § 8 er konsekvent, til tross for Nemndas justering av terminologien i PVN-2012-1.

På bakgrunn av dette kan jeg ikke trekke noen entydig konklusjon om hvor konsekvent argumentasjonen i Nemnda er. Personvernemndas praksis er lite konsekvent med tanke på ordbruken om «hovedregel og unntak» ved vurdering av rettslig grunnlag etter personopplysningsloven § 8. På den annen side kan det se ut som praksis fra Nemnda er konsekvent med tanke på bruk og vurdering av reelle hensyn.

4.4 Oppsummering

Mine undersøkelser taler for at praksis fra Personvernemnda er en rettskildefaktor som kan tillegges vekt ved spørsmål om hvilket rettslig grunnlag som har prioritet etter personopplysningsloven § 8. Nemnda er tiltenkt en særlig rolle av lovgiver,¹⁴² medlemmene er kvalifiserte fagpersoner¹⁴³ og Nemndas avveininger av personvern mot andre samfunnsinteresser er etter min oppfatning forsvarlige, grundige og tillitsvekkende i den konkrete sak.¹⁴⁴

En omstendighet som likevel svekker den rettskildemessig vekten av Nemndas praksis, er at Nemndas argumentasjonen i stor grad er knyttet til særlig forhold og hensyn i den konkrete sak. Når Nemnda avstår fra å avsi prinsipielle avgjørelser, medfører det liten forutberegnelighet for de registrerte og behandlingsansvarlige. Sett i sammenheng med at spørsmål om rettslig grunnlag ved behandling av personopplysninger er viktige spørsmål, som har behov for rettslig avklaring, er dette særlig uheldig. Det er Personvernemnda som har posisjon, kompetanse og anledning til å foreta de prinsipielle og viktige avveiningene, og som kan skape forutberegnelighet for aktørene på personopplysningsrettens område. Etter min mening burde Personvernemnda av hensyn til å øke forutberegneligheten argumentere mer prinsipielt ved behandling av spørsmål om prioritet og rettslig grunnlag etter personopplysningsloven § 8.

¹⁴² Se punkt 1.3.3.

¹⁴³ Se punkt 1.3.3.

¹⁴⁴ Se punkt 4.3.2.3.

5 Avsluttende kommentarer

Mine undersøkelser har vist at det etter gjeldende rett ikke kan oppstilles noen fast prioriteringsrekkefølge mellom samtykke fra den registrerte og nødvendighetsgrunnene i personopplysningsloven § 8. Det kan dermed se ut som vi har et regelverk som ikke spesielt bidrar til at å fremme samtykke og frivillighet som grunnlag for å behandle personopplysninger. Det viser seg imidlertid at konkrete vurderinger basert på reelle hensyn og skjønnsmessig avveininger etter personopplysningsloven § 8, likevel leder til at samtykke utgjør det rettslig grunnlaget i ca. halvparten av sakene der det er tvist om hvilket rettslig grunnlag som bør ha prioritet.

Det faktum at personopplysningsloven § 8 har en såpass uklar vilkårsstruktur ved angivelsen av hvilke tilfeller hvor den behandlingsansvarlige kan unnlate å innhente samtykke, kan reise spørsmål om det er riktig å regulere viktig rettsspørsmål på denne måten. En fordel med en uklar vilkårsstruktur kan være at reglene er mer fleksible, slik at det ved tolkning av bestemmelsen er mulig å unngå uheldig konsekvenser i spesielle tilfeller. En ulempe er imidlertid at det fører med seg lite forutberegnelighet, både for den registrerte og den behandlingsansvarlige. I hvilken grad reglene bør være utformet med en klar eller uklar vilkårsstruktur, er et rettspolitisk spørsmål det i siste omgang er opp til lovgiver å avgjøre.

Litteraturliste

Reglement for masteroppgaver og universitetsbibliotekets veiledning for henvisninger:
<http://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUR5030/reglement/Reglementmasteroppgaverrettsvitenskap.html>

<http://www.ub.uio.no/skrive-referere/fag/rettsvitenskap.html>

Lover
Lov av 14.april 2000 nr. 31. Lov om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven)
Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-loven) herunder Overvåknings- og domstolavtalen (ODA-avtalen)
Lov om folkeregistrering (folkeregisterloven)

Forarbeider
NOU 1997:19 Et bedre personvern
Ot.prp.92 (1998-1999).
Innst. O. nr. 51 (1999-2000)
NOU 2009:1 Individ og integritet

Internasjonal instrumenter
Den Europeiske menneskerettighetskonvensjon av 1950
Europaparlaments – og rådsdirektiv 95/46/EF (personverndirektivet)
Opinion 15/2011 “On the definition of consent»
Opinion 06/2014 “On the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC”

Rettspraksis
Rt. 1952 side 1217
Rt. 1958 side 896
Rt. 1988 side 276
Rt. 2000 side 1811
Rt. 2008 side 1263
Rt. 2010 side 291
Rt. 2010 side 691

Praksis fra PVN
PVN-2004-1
PVN-2004-2
PVN-2004-3
PVN-2004-4
PVN-2005-8
PVN-2005-9
PVN-2005-10
PVN-2007-7
PVN-2012-1
PVN-2013-17
PVN-2013-20
PVN-2014-11

Forfatter	År	Utgivelse
Torstein Eckhoff og Jan E. Helgesen	1971	Rettskildelære, 5. utgave
Gudrun Holgersen	1987	Tidsskrift for rettsvitenskap s. 404-444, Den rettskildemessig vekt av praksis ved spesielle håndhevings- og kontrollorganer innen forvaltningen
Line M. Coll og Claude A. Lenth	2000	Personopplysningsloven – en håndbok
Lee A. Bygrave	2000	Spor (Kvartalsskrift utgitt av Datatilsynet), nr. 3, side 5–7
Michal Wiik Johansen, Knut-Brede Kaspersen, Åste Marie Bergseng Skullerud	2001	Personopplysningsloven Kommentartutgave
Hans Petter Graver	2003	Lov og Rett, side 468-489, Internasjonale konvensjoner som rettskilde
Peter Blume	2009	Complex 3/09 Senter for Rettsinformatikk, Vurdering af Personvernemndas praksis 2001-2008
Christine Ask Ottesen og Katrine Berg Blixrud	2010	Personvern i Finanssektoren
Dag Wise Schartum og Lee A. Bygrave	2011	Personvern i informasjonssamfunnet, 2.utgave
Erik Magnus Boe	2012	Rettskildelære under debatt

Jens Edvin Skoghøy	2013	Lov og Rett, side 257-258
--------------------	------	---------------------------

Tema	Internettadresser
Personvernemndas hjemmeside med oversikt over Nemndas vedtak	http://www.personvernemnda.no/vedtak/index.htm
Link til oversikt fra Lovdata over avgjørelser som er knyttet til personopplysningsloven § 8	https://lovdata.no/pro/#popOut&widget=listReferanser&documentID=NL/lov/2000-04-14-31&partID=§8&type=AVGJORELSER&isPopOut=true
Link til uttalelse fra Lovavdelingen om tolkningen av personopplysningsloven § 8	https://lovdata.no/pro/#document/JDLOV/avgjorelse/jdlov-2004-4918?from=NL/lov/2000-04-14-31/%C2%A78
Link til hjemmesiden til Artikkel 29-gruppen	http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/index_en.htm